

## SEXTING Y REVENGE PORN: LA DISCUSIÓN ACERCA DE SU INCRIMINACIÓN EN EEUU Y CANADÁ<sup>1</sup>

M<sup>a</sup> del Mar Carrasco Andrino  
Catedrática acreditada  
Universidad de Alicante

**Resumen:** el trabajo aborda la problemática de la difusión no consentida de imágenes íntimas en el ámbito del Derecho norteamericano y en Canadá. La ausencia de un tipo penal específico para sancionar estos hechos ha generado una fuerte discusión doctrinal sobre la necesidad de incriminar dicha conducta. Se analizan las posibilidades que ofrecen los remedios jurídicos en el ámbito del Derecho civil, mercantil o penal. Se considera su posible colisión con la libertad de expresión y su relación con la pornografía infantil cuando la víctima es menor de edad.

**Abstract:** this paper is focused on the problems of non-consensual dissemination of intimate images in EEUU and Canada. The lack of a specific type of crime for punishing these events has generated an intense doctrinal discussion about the need to incriminate such conduct. Here, we analyse the possibilities offered by legal remedies in the field of civil, commercial or criminal law. We consider also the possible conflict with freedom of expression and its relation to child pornography when the victim is a minor.

**Palabras clave:** intimidad, imagen, libertad de expresión, *copyright*, pornografía infantil, *sexting*, *revenge porn*.

**Key words:** privacy, image, freedom of expression, copyright, child pornography, sexting, revenge porn.

**Índice:** 1. Introducción. 2. La difusión no consentida de imágenes íntimas en EEUU; 2.1 Los recursos extrapenales contra el *revenge porn*: la necesidad de intervención penal; a) Los *Torts*; b) La exención de responsabilidad de los operadores de páginas web: el parágrafo 230 CDA; c) Un nuevo derecho de propiedad intelectual. 2.2. El recurso al Derecho penal: su tipificación expresa como delito; a) Los códigos penales estatales; b) Protección de la intimidad

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha beneficiado de una beca BEST/2014/252 de la Generalitat Valenciana para realizar una estancia de investigación en la Law Faculty de la Florida International University en calidad de *Visiting Researcher*. Mi agradecimiento al profesorado, especialmente al Prof. Matthew Mirow, por su acogida y apoyo.

El trabajo se ha realizado además en el contexto del Proyecto de investigación emergente «La política penitenciaria española en materia de consecuencias jurídicas del delito» (GRE 13-22) de la Universidad de Alicante, del que la Profesora Mar Moya Fuentes es la investigadora principal.

versus libertad de expresión; c) Incriminación del *revenge porn* a nivel federal. 3. La difusión de imágenes íntimas en Canadá. 4. Conclusiones.

## 1. Introducción

La irrupción de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información ha supuesto una transformación de la vida y de las relaciones humanas en la sociedad del siglo XXI. La aparición de internet y el desarrollo de los servicios a ella asociados, desde el correo electrónico a las redes sociales o a la aparición de la “nube” o el actual “internet de las cosas” suponen pequeñas grandes revoluciones en la manera de concebir la vida personal y social.

Estos cambios suponen un constante desafío para el Derecho penal, pues obligan a un replanteamiento de la tutela de bienes jurídicos tradicionales ante las nuevas formas de ataque, así como a cuestionarse el nacimiento de otros nuevos bienes jurídicos que tienen que ver con la integridad del sistema y de los datos informáticos.

Así la intimidad como bien jurídico penalmente protegido ha experimentado una ampliación de su contenido, consecuencia en buena medida de la aparición de los sistemas informáticos y del tratamiento automatizado de datos. Se ha pasado de preservar el tradicional aspecto negativo o el derecho a estar solo, a abarcar también una nueva dimensión positiva que se configura como el derecho a controlar la información personal.

El internet y sobre todo la llamada web 2.0 suponen un nuevo reto para la tutela penal de la intimidad. No sólo porque se han desdibujado los contornos entre el ámbito de lo privado y el de lo público, en donde las redes sociales representan un espacio que no es estrictamente público pero que tampoco puede calificarse en puridad como privado; sino además porque la aparición de los teléfonos inteligentes, provistos de cámaras de alta definición y conectados a internet, permiten captar cualquier escena de la vida cotidiana y hacerla accesible al mundo entero en cuestión de segundos, a golpe de un solo clic. La información gráfica, reveladora de aspectos de la intimidad de una persona, adquiere en este contexto una gran importancia y obliga a cuestionarse nuevamente los límites de la tutela penal que recibe este bien jurídico.

La difusión no consentida de videos y fotografías de contenido sexual en las redes sociales y en general, en páginas web es un hecho cada vez más frecuente que tiene consecuencias devastadoras para las víctimas. El caso más reciente se ha producido en Italia. Tiziana Cantone se suicidó en septiembre de 2016, después de descubrir que los videos íntimos que había compartido con quien entonces era su pareja, habían sido enviados por éste a páginas web y redes sociales. Su publicación generó comentarios humillantes, burlas e insultos. Llegó incluso a perder el trabajo por este motivo, lo que la llevó a cambiar de residencia y a iniciar los trámites para un cambio de identidad. Aunque consiguió que los sitios web fueran condenados a eliminar esos contenidos, la justicia italiana también la condenó a pagar 20.000 euros de costas a cinco de las páginas web demandadas, al haber consentido la grabación de tales escenas <sup>(2)</sup>.

<sup>2</sup> Noticia aparecida en El país el 15-9-2016 (vid.

[http://verne.elpais.com/verne/2016/09/15/articulo/1473924999\\_823409.html](http://verne.elpais.com/verne/2016/09/15/articulo/1473924999_823409.html), última consulta enero 2017)

En España los casos se han tratado por la Jurisprudencia de manera desigual, pues el hecho de que las imágenes difundidas hubieran sido obtenidas con el consentimiento de la víctima o incluso facilitadas por ellas mismas, impedía considerar la difusión como punible, ya que no estaba precedida de una previa intromisión ilegítima para obtener la información íntima. Así, en unos casos se ha buscado un encaje típico alternativo en las injurias, en otros se forzado la interpretación de otros tipos que protegen la intimidad, y en fin, también hay supuestos en los que se declarado la absolución por atipicidad de la conducta. Al primer grupo pertenece la SAP Lleida, Sección 1ª, 90/2004, 25-2, en la que se condena a la ex pareja por injurias graves con publicidad del art. 209 CP, con la agravante de abuso de confianza, por difundir el video en el que de común acuerdo habían grabado sus relaciones sexuales; o la SAP Palencia, Sección 1ª, 32/2006, 28-6, que también condena por injurias graves con publicidad por difundir en internet y por correo electrónico fotografías de la víctima de alto contenido erótico.

En el segundo grupo se encuentra la SAP Salamanca, Sección 1ª, 105/2009, 14-7, que condena por delito de revelación de secretos a quien envía por correo electrónico a dos personas las fotografías hechas a la víctima con su consentimiento cuando se encontraba desnuda, argumentando que “el consentimiento de imágenes tan íntimas lo presta para que sean vistas por él, no por terceros”, implicando la remisión por correo electrónico la pérdida del control de la imagen íntima, que solo corresponde a la víctima. En realidad aquí no puede decirse que haya habido un acceso ilícito a la intimidad, pues las fotografías se realizaron con el consentimiento de la víctima, aunque no lo hubiera para su posterior difusión. También en este grupo la SAP Ourense, Sección 2ª, 131/2014, 26-3, que condena por utilización no consentida de datos de carácter personal del art. 197.2 CP a quien reenvía a terceros por WhatsApp las fotos y el video de contenido sexual que previamente le había enviado la víctima de forma voluntaria.

Dentro del último grupo pueden citarse la SAP Granada, Sección 1ª, 486/2014, 18-9, declara la absolución por falta de tipicidad de la conducta, respecto de la grabación y posterior difusión no consentida de una sesión de cibersexo que, de común acuerdo, se había mantenido con la víctima a través de Skype. En este caso, el Tribunal sostuvo que al haberse transmitido voluntariamente estas imágenes en sus encuentros ciber sexuales, no se tuvo que “utilizar ningún tipo de artificio técnico o labor de interceptación para conseguirlas, ni tampoco para apoderarse virtualmente de ellas”. Entiende, por tanto, que no ha habido intromisión ilegítima en la intimidad porque la grabación se realiza por quien toma parte también en la actividad íntima que se comparte. En el mismo sentido la SAP Granada, Sección 1ª, n 351/2014, 5-6, declara atípica la conducta de reenvío no consentida de fotografías proporcionadas por la víctima de forma voluntaria, pues se argumenta *“ni hubo acceso por cuanto los tres acusados lo que hicieron fue recibir, y no acceder, un mensaje de imagen, ni cabe hablar de no consentimiento cuando lo que desencadena la difusión “en cascada” del mensaje es un acto previo de la menor que es su remisión al teléfono móvil del chico con el que mantenía una relación”*.

En este contexto hay que reconocer que la introducción de un nuevo tipo penal, en el apartado 7 del art. 197 CP, dirigido a sancionar la difusión no consentida de imágenes íntimas aporta seguridad jurídica, aunque también ha suscitado una importante controversia doctrinal su específica tipificación, no ya por la técnica legislativa

empleada, sino además por cuestionar la necesidad de intervención penal en esta materia <sup>(3)</sup>.

Como veremos hechos semejantes al de Tiziana Cantone se han producido en EEUU y en Canadá, lo que ha motivado la incorporación de tipos penales específicos para sancionar estas conductas, al igual que ha ocurrido en España con la última reforma. Las siguientes páginas recogen la discusión doctrinal que se ha generado en torno a la oportunidad y/o necesidad de su incriminación, en la que pueden reconocerse algunos de los argumentos vertidos por la doctrina penal española para criticar la introducción del tipo art. 197. 7 en el Código Penal.

## **2. La difusión no consentida de imágenes íntimas en EEUU**

Se puede decir que en el ámbito del Derecho norteamericano la difusión no consentida de imágenes íntimas ha recibido una respuesta legal distinta en función de la edad de los sujetos involucrados, esto es, esencialmente dependiendo de si los sujetos que aparecen en dichas imágenes son mayores o menores de edad.

Respecto de los menores de edad, la problemática se concentra en la práctica conocida como *sexting*, el resultado de la combinación de las palabras “*sex*” and “*texting*”, con la que se alude al envío de mensajes electrónicos con imágenes sexualmente explícitas o en los que los menores se muestran desnudos o semidesnudos, principalmente a través de teléfonos móviles <sup>(4)</sup>. En estos casos, como veremos, se ha aplicado la normativa sobre pornografía infantil, procesando y condenando incluso al menor que se hizo un “*selfie*” y lo envió a otro menor como productor y poseedor de pornografía infantil, respectivamente. Estos excesos y las consecuencias que lleva aparejada una condena por delitos sexuales han llevado a algunos Estados a reconsiderar su tratamiento sancionador, optando por una tipificación expresa del *sexting* entre menores que atenúe la responsabilidad y la separe del ámbito de la delincuencia sexual, al menos, respecto de la primera infracción cometida.

En cambio, en relación con los adultos, estos hechos no han sido objeto de intervención penal sino hasta fechas muy recientes. Dejando aparte New Jersey, los Estados han comenzado a aprobar leyes criminales específicamente dirigidas a reprimir este fenómeno a partir de 2013. Los casos tienen que ver con lo que ha venido en denominarse “*revenge porn*”, en referencia a quienes por venganza difunden las imágenes de contenido sexual de la ex pareja, con la que voluntariamente se había compartido o se había consentido su captación durante la relación íntima <sup>(5)</sup>. Si bien, el fenómeno se ha ampliado a situaciones diversas en las que no siempre ha preexistido

<sup>3</sup> Vid. MORALES PRATS, F. “La proyectada reforma de los delitos contra la intimidad a propósito del “caso Hormigos”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 31, 2013, pág. 12 y 13; MARTINEZ OTERO, J.M. “El nuevo tipo delictivo del art. 197.4 bis”: la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento”, *La Ley*, n 29, 2014, pág. 5 y 6 versión *on line*.

<sup>4</sup> Miller v. Mitchell, 598 F.3d 139, 143 (3d Cir. 2010); MARTINEZ, C. “An argument for States to outlaw “revenge porn” and for Congress to Amend 47 U.S.C. § 230: how our current Laws do little to protect victims”, *Journal of Technology Law & Policy*, vol. XIV, 2014, pags. 237 y 238.

<sup>5</sup> Cfr. COCHRANE, A. “Legislating on revenge porn: an international perspective”, *Society for Computers & Law*, 24-7-2014; LAIRD, L. “Striking back at revenge porn: victims are taking on websites for posting photos they didn’t consent to”, *American Bar Association Journal*, 99.11 (Nov. 2013), pág. 44.

una relación íntima. De aquí que la doctrina prefiera la expresión “*nonconsensual pornography*” o “*involuntary pornograh*”<sup>(6)</sup> por ser más precisa, ya que no en todos los supuestos los sujetos actúan movidos por la venganza, sino por otros fines como el lucro, la notoriedad o incluso el puro divertimento.

Se da cabida de esta manera a la difusión no consentida de imágenes de contenido sexualmente explícito que no siempre suponen una relación de pareja previa. Las imágenes pueden haber sido obtenidas como consecuencia de un acceso inconsciente (hacking)<sup>(7)</sup> en el teléfono móvil, en el ordenador o en la “nube” en la que se almacenan; en otras ocasiones se trata de imágenes grabadas por los propios autores de una violación, que buscan desalentar de esta manera a la víctima para que no denuncie<sup>(8)</sup>; o en fin, de forma subrepticia, sin que la víctima consienta o sepa que está siendo captada su imagen. Se incluyen bajo este concepto, por tanto, imágenes obtenidas tanto con consentimiento de la víctima como sin su consentimiento. Aunque algunos de estos casos suponen ya hechos delictivos, como por ejemplo, el hacking a través de la *Computer Fraud and Abuse Act* o la captación subrepticia de la imagen de otro a través de la *Video Voyeurism Prevention Act*, ninguna se dirige a sancionar la difusión no consentida de estas imágenes.

El fenómeno se ha visto agudizado con la aparición de páginas web especializadas<sup>(9)</sup>, en las que se incentiva la publicación de estos contenidos junto a datos personales de

---

<sup>6</sup> Vid. CITRON, D.K./FRANKS, M.A. “Criminalizing revenge porn”, *Wake Forest Law Review*, vol. 49, 2014, pág. 346; FRANKS, M.A. *Drafting an effective...ob.cit.*, pág. 2; POOLE, E. “Fighting back against non-consensual pornography”, *University of San Francisco Law Review*, 49, 2015, pág. 183.

<sup>7</sup> Este fue el caso de Jennifer Lawrence, quien junto con otros famosos, vio como fotos comprometidas suyas aparecían publicadas en la web en 2014, aparentemente porque alguien las había tomado de su cuenta de i-cloud (vid. <http://www.newsweek.com/hundreds-intimate-celebrity-pictures-leaked-online-following-suspected-icloud-267851>, última consulta 11-5-2015). Vid. otros casos en SCHELLER, S. H. “A picture is worth a thousand words: the legal implications of revenge porn”, *North Carolina Law Review*, vol. 93, 2015, pág. 557, nota 34.

<sup>8</sup> FRANKS, M.A. *Drafting an effective... ob.cit.*, pág. 3.

<sup>9</sup> Los casos que más han trascendido de páginas web especializadas han sido los de *XTube*, *ISAnyoneUp.com*, *UGotPosted.com*. Así, *XTube*, una página de pornografía, recibe en 2008 múltiples quejas por la difusión de fotos y videos proporcionada por ex parejas resentidas sin que los reclamantes hubieran tenido conocimiento de ello. En 2010 Hunter Moore lanza *IsAnyoneUp.com*, una página en la que se incita a los usuarios a enviar fotos y videos de contenido sexual junto al nombre y otra información personal identificativa de quien en ellos aparece. La página se cerró en 2012 como consecuencia de una investigación del FBI, pues parte del material publicado había sido obtenido mediante intromisiones no consentidas en ordenadores de las víctimas. Finalmente, Kevin Bollaert creó en 2012 la página *UGotPosted.com* en la que invitaba a los ex novios furiosos a publicar las fotos íntimas de su antigua pareja, así como su nombre y los links a las redes sociales en las que estuviera inscrita. Bollaert aprovechaba esta información para contactar con las víctimas, a través de otra página web (*ChangeMyReputation.com*), para alertarlas del material publicado y ofrecer su eliminación a cambio de una cuota de unos 300 a 350 dólares. (cfr. POOLE, E. “Fighting back against...”, *University of San Francisco Law Review*, 2015, pág. 186 y 187). En febrero de 2015 Bollaert ha sido declarado culpable de 6 cargos de extorsión y de 21 de robo de identidad, condenándole a 18 años de prisión. Esta ha sido la primera condena en California de un operador de página web de este tipo. El siguiente en la lista es Casey E. Meyering, responsable de *WinByState.com*, acusado de 5 delitos de extorsión (vid. <https://oag.ca.gov/news/press-releases/attorney-general-kamala-d-harris-announces-18-year-prison-sentence-cyber>, última visita 8-5-2015).

identificación y contacto de la víctima (nombre, dirección, teléfono, correo electrónico, lugar de trabajo, perfiles de redes sociales, etc.), llegando en algunos casos a requerir el pago de un canon por la víctima cuando esta exige retirada, pues no ha consentido su publicación.

El caso más reciente es el de la página web *Isanybodydown.com*, a cuyo operador Craig Brittain se le ha prohibido en enero de 2015 por la *Federal Trade Commission* (FTC) seguir compartiendo públicamente videos o fotografías de gente desnuda que no hubiera dado expresamente su consentimiento para ello, al infringir la sección 5 (a) de la *Federal Trade Commission Act* (prácticas desleales en el comercio) <sup>(10)</sup>. En el acuerdo firmado se recogen los diferentes métodos que utilizó entre noviembre de 2011 y abril de 2013 para obtener este material, a saber: en primer lugar, a través de la propia página web, en la que se animaba y se solicitaba a los visitantes a enviar, anónimamente, fotografías de otras personas en las que se mostraran sus partes íntimas para publicarlas en la web. Se requería que incluyeran al menos dos fotografías, una de ellas con un desnudo total o parcial, y el nombre completo, fecha de nacimiento o edad, ciudad o Estado, un vínculo al perfil de Facebook y el número de teléfono de dicha persona. En segundo lugar, a través de una página web de anuncios, en la que Brittain, haciéndose pasar por una mujer, y después de haber enviado supuestamente fotos suyas a otras mujeres, les demandaba otras de ellas en las que mostraran sus partes íntimas. Estas fotos eran colgadas en la web sin conocimiento o permiso de aquellas. En tercer lugar, a través de un sistema de recompensas en su web, que permitía a cualquiera solicitar a otro encontrar y colgar imágenes de una determinada persona a cambio de una recompensa de al menos 100\$. Brittain obtenía un canon de 20\$ por cada solicitud y la mitad de la recompensa conseguida, en su caso.

Además, en la página web se anunciaban servicios de retirada de este contenido como si se tratara de una entidad distinta, “*Takedown Hammer*” y “*Takedown Lawyer*”, exigiendo un pago de entre 200\$ y 500\$ por ellos. De esta manera Craig Brittain obtenía dinero por la retirada de las mismas imágenes que previamente había publicado en la web.

Según una encuesta realizada por la *Cyber Civil Rights Initiative* sobre los efectos del *revenge porn*, el 90% de las víctimas son mujeres <sup>(11)</sup>. No obstante, estos resultados empíricos no son coincidentes con los obtenidos por otras encuestas. De acuerdo con el estudio que McAfee realizó en 2013 sobre “*Love, Technology and Relationship Survey*” han sido amenazados más hombres que mujeres (12% frente 8%) con difundir las fotografías íntimas que se han compartido durante la relación. De este estudio también se extrae que una de cada diez ex parejas amenaza con publicar las imágenes comprometidas de su ex *on line*, y de estos un 60% lo lleva a cabo. A pesar de estos riesgos, el 36% de los encuestados afirma que seguirá enviando este tipo de material a su pareja, significativamente más hombres que mujeres (43% frente 29%), a pesar de las amenazas recibidas por parejas anteriores <sup>(12)</sup>. Quizás este último dato ponga de manifiesto que las consecuencias o daños que acarrea la publicación de este material no

<sup>10</sup> Se puede consultar el caso en <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/132-3120/craig-brittain-matter>, última visita 12-5-2015.

<sup>11</sup> Vid. WEBB, N. *Revenge porn by the numbers*, End Revenge Porn (3-1-2014) <http://www.endrevengeporn.org/revenge-porn-infographic/>

<sup>12</sup> Vid. <http://www.mcafee.com/uk/about/news/2013/q1/20130204-01.aspx> (ult. Visita 12-5-2015)

se perciben ni se valoran socialmente de la misma forma cuando afectan al hombre que cuando inciden sobre la mujer, pues la sexualidad y sus manifestaciones distan todavía mucho de ser igualitarias en la estimación social para uno y otro género <sup>(13)</sup>.

Sea como fuere, el hecho es que en torno al 80% o más de las imágenes publicadas en dichas webs son de mujeres. Estas páginas además son diez veces más visitadas que las de los hombres. Estos datos permiten afirmar a un sector doctrinal que el *revenge porn* es un delito de género <sup>(14)</sup>, pues se evidencia una desigualdad de este tipo en Internet. Estas páginas web en realidad están eligiendo como blanco de sus actividades a la mujer. En este sentido, *Texxxan.com* publicó lo siguiente después de haber sido demandada por un grupo de víctimas: “quizás este sitio proporcione una salida para la ira, evitando así la violencia física” <sup>(15)</sup>. Hay que entender entonces que esta se cambia por la humillación y la vergüenza pública de la mujer.

Los daños tienen que ver con la naturaleza vengativa del fenómeno, que persigue con esta invasión en la intimidad interferir o destruir las relaciones interpersonales de la víctima. Se habla incluso de que constituye una forma de violencia de género <sup>(16)</sup>, ya que en muchos de los casos la amenaza de la difusión se produce, como un medio de controlar a la víctima, cuando esta intenta terminar con la relación. Muchas mujeres refieren la pérdida del empleo e incluso la incapacidad de conseguir uno nuevo, en la medida en que la práctica estandarizada de buscar en internet información sobre el candidato merma sus posibilidades de ser finalmente contratadas <sup>(17)</sup>. El daño psicológico parece ser también significativo. Más del 80% de las víctimas sufren angustia emocional grave <sup>(18)</sup>, que en algunos casos ha desembocado en el suicidio <sup>(19)</sup>. La publicación de información personal de contacto junto con las imágenes íntimas representa una amenaza para la seguridad de la víctima, al potenciar el acoso tanto *on*

<sup>13</sup> En este sentido, FRANKLIN, Z. (“Justice for revenge porn victims: legal theories to overcome claims of civil immunity by operators of revenge porn websites”, *California Law Review*, 2014, vol. 102, pág. 1308 y 1309) indica que quizás la existencia de estas *websites* tengan una motivación moralizante: humillar a aquellas personas que se involucran en comportamientos lascivos y de manera desproporcionada estos contenidos afectan a las mujeres. Con lo que en realidad se busca avergonzar a la mujer por haber participado en una actividad que su pareja masculina puede haber realizado regularmente con mínimas consecuencias negativas, o incluso con frecuencia positivas. En el mismo sentido, BAMBAUER, D.E. “Exposed”, *Minnesota Law Review*, 2013-2014, vol. 98, pág. 2044.

<sup>14</sup> Cfr. POOLE, E. “Fighting back against...”, *University of San Francisco Law Review*, 2015, pág. 191 y sigs. En el mismo sentido, CITRON, D.K./FRANKS, M.A. “Criminalizing revenge...”, *Wake Forest Law Review*, 2014 pág. 353 y 354.

<sup>15</sup> Citado por POOLE, E. “Fighting back against...”, *University of San Francisco Law Review*, 2015, pág. 192.

<sup>16</sup> Vid. CITRON, D.K./FRANKS, M.A. “Criminalizing revenge...”, *Wake Forest Law Review*, 2014 pág. 351.

<sup>17</sup> Vid. CITRON, D.K./FRANKS, M.A. “Criminalizing revenge...”, *Wake Forest Law Review*, 2014 pág. 352.

<sup>18</sup> Vid. WEBB, N. *Revenge porn by the numbers*, End Revenge Porn (3-1-2014) <http://www.endrevengeporn.org/revenge-porn-infographic/>

<sup>19</sup> FRANKS, M.A. *Drafting an effective “revenge porn” Law: a guide for Legislators*, (March 30, 2015), pág. 2, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2468823> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2468823> (última visita 13-5-2014).



*line* como *off line* <sup>(20)</sup>. Así el 49% de las víctimas dicen haber sido acosadas *on line* por quienes habían visto este material <sup>(21)</sup>. A ello se une la imposibilidad de eliminar estas imágenes de la red una vez que estas han sido difundidas.

En las páginas siguientes me referiré sólo al tratamiento de este fenómeno entre adultos.

## ***2.1 Los recursos extrapenales contra el revenge porn: la necesidad de intervención penal***

Al igual que ha sucedido en España, la Doctrina norteamericana no se ha manifestado de forma unánime a favor de la incriminación de la distribución no consentida de imágenes íntimas. Mientras un sector ha abogado por la intervención penal en esta materia, demandando incluso una ley federal; otro grupo de autores <sup>(22)</sup> se muestran contrarios a la creación de un nuevo delito, pues, de una parte, consideran que el fenómeno puede ser atajado con las actuales leyes civiles (*torts*, derechos de autor, etc.), quizás modificadas, lo que evitaría una inflación del Derecho penal; y de otra parte, se aduce que los casos de *revenge porn* pueden ser ya sancionados penalmente acudiendo a la extorsión, el *cyberstalking*, el acoso, etc.

Resulta interesante analizar las distintas estrategias legales que se han empleado para reprimir la distribución no consentida de imágenes de contenido sexual.

### **a) Los Torts**

La víctima de *revenge porn* puede, en principio, acudir a los *Torts*, concretamente los que sancionan la causación intencional de un daño emocional o la revelación pública de información privada. De acuerdo con el primero se ha probado que el demandado realizó un comportamiento extremo e indignante que causó a la víctima graves consecuencias emocionales. Así en Texas un jurado otorgó a una mujer 500.000 dólares por haber sufrido estrés emocional, después de que su novio difundiera sus fotos íntimas y sesiones de Skype; también en el caso *Doe v. Hofstetter* se adjudicó a la mujer demandante 105.000 dólares por el comportamiento extremo e indignante del demandado, que creó un blog donde publicó las fotos íntimas de Jane Doe <sup>(23)</sup>.

En cuanto a la revelación pública de la información privada se requiere que esta sea altamente ofensiva para una persona razonable y que no haya un legítimo interés público en la revelación. En el caso *Cheatham v. Pohle*, se falló en contra del marido

---

<sup>20</sup> Cfr. LINKOUS, T. "It's time for revenge porn to get a taste of its own medicine: an argument for the federal criminalization of revenge porn", *Richmond Journal of Law and Technology*, vol. XX, 2014, pág. 7 y 12.

<sup>21</sup> Vid. WEBB, N. *Revenge porn by the numbers*, End Revenge Porn (3-1-2014) <http://www.endrevengeporn.org/revenge-porn-infographic/>

<sup>22</sup> Vid. JEONG, S. "Revenge porn is bad. Criminalizing it is worse, *WIRED* 28-10-2013, en <http://www.wired.com/2013/10/why-criminalizing-revenge-porn-is-a-bad-idea/> (última consulta, 13-5-2015); CITRON, D. "Revenge porn and the uphill battle to pierce section 230 immunity (Part II)", Concurring Opinions, 25-1-2013 (<http://concurringopinions.com/archives/2013/01/revenge-porn-and-the-uphill-battle-to-pierce-section-230-immunity-part-ii.html>), última visita 14-5-2015); STOKES, J. K. "The indecent Internet: Resisting Unwarranted Internet Exceptionalism in Combating Revenge Porn", *Berkeley Technology Law Journal*, 2014, vol. 29, págs 947 y sigs.

<sup>23</sup> Cfr. POOLE, E. "Fighting back against...", *University of San Francisco Law Review*, 2015, pág. 200 y 201.



que había difundido en el vecindario fotocopias de imágenes de su ex mujer desnuda, que fueron tomadas durante el matrimonio. El tribunal rechazó el argumento de renuncia implícita aducido por el marido, y que se apoyaba en la aquiescencia de su ex mujer para su captación inicial y en no haber pedido la devolución o destrucción de este material durante o después del divorcio. El Tribunal estimó que del consentimiento inicial a ser fotografiado no se puede inferir el consentimiento para su posterior publicación <sup>(24)</sup>.

El inconveniente de esta vía legal reside en lo costoso que resulta para las víctimas, pues en la mayoría de los casos no cuentan con suficientes recursos para interponer una demanda civil <sup>(25)</sup>. Sin olvidar que esta posibilidad solo está abierta cuando la víctima puede identificar a quien colgó el material, lo que no siempre es fácil dado el carácter anónimo de estas publicaciones <sup>(26)</sup>. Además las víctimas también son reticentes a iniciar una demanda civil por lo que puede suponer de publicidad adicional, generando una nueva victimización. En el mejor de los casos, cuando la acción civil tiene éxito, solo se obtiene un resarcimiento de los daños, pero no se consigue retirar de manera eficiente las imágenes ni tampoco disuadir a los futuros autores <sup>(27)</sup>. Así, de una parte, en muchos de los casos los demandados tampoco gozan de una situación financiera que les permita hacer frente a las indemnizaciones impuestas por los Tribunales <sup>(28)</sup>; y de otra, la demanda civil no puede dirigirse contra los sitios webs <sup>(29)</sup>, pues están protegidos por el escudo que les proporciona el parágrafo 230 de la *Communications Decency Act* (CDA), de acuerdo con el cual el operador de la página web no es responsable por los contenidos o declaraciones efectuadas por los usuarios de ésta. Veamos con más detenimiento como funciona esta exención.

#### **b) La exención de responsabilidad de los operadores de páginas web: el parágrafo 230 CDA**

<sup>24</sup> Cfr. POOLE, E. "Fighting back against...", *University of San Francisco Law Review*, 2015, pág. 202.

<sup>25</sup> Como ponen de manifiesto CITRON, D.K./FRANKS, M.A. ("Criminalizing revenge...", *Wake Forest Law Review*, 2014, pág. 358), muchas de las víctimas han perdido su trabajo a consecuencia de la difusión de estas imágenes, con lo que no pueden pagar el alquiler, menos permitirse pagar un abogado.

<sup>26</sup> Vid. SCHELLER, S. H. "A picture is ...", *North Carolina Law Review*, vol. 93, 2015, pág. 584.

<sup>27</sup> En este sentido, KITCHEN, A.N. "The need to criminalize revenge porn: How a law protecting victims can avoid running afoul of the First Amendment", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 90, 2015, pág. 251 y sigs., sostiene que las acciones civiles no son efectivas en la retirada del material debido a la propia magnitud de la difusión, que lleva una y otra vez a la revictimización y no consigue eliminar el material de las nuevas páginas web que las publiquen o del mismo buscador de internet; también CITRON, D.K./FRANKS, M.A. ("Criminalizing revenge...", *Wake Forest Law Review*, 2014, pág. 359).

<sup>28</sup> Vid. CITRON, D.K./FRANKS, M.A. ("Criminalizing revenge...", *Wake Forest Law Review*, 2014, pág. 358; también, POOLE, E. "Fighting back against...", *University of San Francisco Law Review*, 2015, pág. 200, recogiendo las manifestaciones del abogado del demandado en el caso fallado en Texas, en el que reconoce que su cliente nunca tendrá los recursos suficientes para satisfacer la cuantía de 500.000 dólares impuesta por el Tribunal; LINKOUS, T. "It's time for revenge...", *Richmond Journal of Law and Technology*, vol. XX, 2014, pág. 19, citando otros casos.

<sup>29</sup> En este sentido, LINKOUS, T. "It's time for revenge ...", *Richmond Journal of Law and Technology*, 2014, pág. 17 y sigs.

El parágrafo 230 CDA dispone que ningún proveedor o usuario de un servicio informático interactivo será considerado editor o autor de la información proporcionada por un tercero. Con ello se ofrece inmunidad a los sitios webs por las publicaciones de sus usuarios siempre y cuando los sitios webs no hayan sido creadores de contenido <sup>(30)</sup>. Se distingue, por tanto, entre quienes son proveedores de servicio, que gozaran de esta inmunidad, y quienes son proveedores de contenido de información, responsables, en todo o en parte, por la creación o el desarrollo de la información que se proporciona a través de internet.

Hasta ahora el parágrafo 230 CDA era un puerto seguro para los sitios web en la medida en que los Tribunales eran bastante reacios a levantar dicha inmunidad. Sin embargo, ya hay algunos casos en los que se ha rechazado precisamente porque el operador del sitio web había hecho algo más que ser meramente el foro en el que otros publicaban contenidos <sup>(31)</sup>.

Con respecto a las páginas web dedicadas al *revenge porn*, aunque parecía haber un consenso generalizado de que su actividad caía dentro del ámbito del parágrafo 230 CDA <sup>(32)</sup>, están comenzando a surgir propuestas doctrinales para que, sobre la base de la nueva Jurisprudencia, los operadores de tales sitios web sean tratados como creadores de contenidos, en todo o en parte, y por tanto, para que queden excluidos de la inmunidad que proporciona esta norma <sup>(33)</sup>.

En concreto se apuntan dos razones por las que se puede sostener que el operador de la página web dedicada al *revenge porn* debe ser considerado un proveedor de contenidos de información: una, porque los haya creado, o dos, porque específicamente haya incitado la creación de contenido ilegal <sup>(34)</sup>. En efecto, si como sucede en muchos de estos sitios web no solo se publican las imágenes íntimas que han sido solicitadas al usuario, sino que además se añaden comentarios o datos identificativos de la víctima, hay que concluir que el operador está creando contenido, al menos en parte. Para ello los tribunales exigen algo más que una mera edición del contenido, requieren que lo

---

<sup>30</sup> La norma también protege a los proveedores de servicios interactivos de la responsabilidad que pudiera derivarse por las acciones voluntariamente adoptadas de buena fe para restringir el acceso o para la disponibilidad de material que el proveedor considere obsceno, lascivo, amenazante o reprobable de cualquier otra forma (vid. 47 U.S. Code § 230, apartado c, 2).

<sup>31</sup> Uno de los casos citados es *Fair Housing Councils of San Fernando Valley v. Roommates.com LLC*, 521 F.3d 1157, 1174-75 (9th Cir.2008), en el que se negó la inmunidad del parágrafo 230 CDA al requerir a los usuarios que rellenaran un cuestionario que infringía la *Fair Housing Act*. El cuestionario debía proporcionar información sobre el sexo, orientación sexual, número de niños del compañero/a de apartamento que se estaba buscando. Al solicitar de los usuarios la respuesta de este tipo de cuestiones, el sitio web proveía y solicitaba contenido de información y por ello no entraba bajo la protección del 230 CDA.

<sup>32</sup> Vid. CITRON, D.K./FRANKS, M.A. "Criminalizing revenge...", *Wake Forest Law Review*, 2014, pág. 359.

<sup>33</sup> Vid. FRANKLIN, Z. "Justice for revenge porn victims: legal theories to overcome claims of civil immunity by operators of revenge porn websites", *California Law Review*, 2014, vol. 102, pág. 1303 y sigs.; LINKOUS, T. "It's time for revenge ...", *Richmond Journal of Law and Technology*, 2014, pág. 21 y 22; POOLE, E. "Fighting back against...", *University of San Francisco Law Review*, 2015, pág. 197 y sigs.; SCHELLER, S.H. "A picture is worth...", *North Carolina Law Review*, 2015, pág. 579.

<sup>34</sup> Vid. FRANKLIN, Z. "Justice for revenge...", *California Law Review*, 2014, pág. 1318.

añadido incida sobre lo que se considera ilegal por el demandante, por ejemplo, que contribuya a incrementar el daño causado a la víctima. En este sentido, los comentarios vejatorios sobre la víctima directamente ofensivos (“asquerosa” “puta”) o que aludan a la actividad sexual que puede provocar su visión, o también la publicación de la fotografía de ella, extraída del perfil de las redes sociales o de la captura de pantalla serían suficientes para desmoronar el escudo del 230 CDA. Es más, incluso, el establecimiento de un link entre las fotos proporcionadas por el usuario y la dirección electrónica del perfil de la red social de la víctima se estima suficiente base para hacer decaer la inmunidad, pues el vínculo ha sido creado por el operador, aunque el material fuera proporcionado por terceros. La razón es que con ello se está incentivando en definitiva lo que es ofensivo para el demandante <sup>(35)</sup>.

De otra parte, si el operador únicamente sube a la red las imágenes íntimas que han sido proporcionadas por el usuario, puede seguir considerándose como proveedor de contenido de información en la medida en que está requiriendo de los usuarios el envío de imágenes nocivas. Por ejemplo, se solicita que se proporcionen al menos dos fotografías de una ex novia mayor de 18 años, una de ellas ha de ser desnuda o semidesnuda. Lo decisivo aquí para los Tribunales es si con dicha solicitud el operador web está o no fomentando lo que es ilícito en el contenido, pues, si sólo desarrolla un mero papel pasivo de transmisión o conducto de la actividad ilícita sigue gozando de inmunidad.

En la medida en que los sitios web de *revenge porn* están haciendo una llamada a la venganza y a la humillación de la víctima con el suministro de este material hay un argumento fuerte para considerarlos suministradores de contenido de información, y por tanto, no inmunes conforme el parágrafo 230 CDA <sup>(36)</sup>.

<sup>35</sup> Vid. FRANKLIN, Z. “Justice for revenge...”, *California Law Review*, 2014, pág. 1327, refiriéndose a los casos *Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.com* y *MCW Inc v. Badbusinessbureau.com, L.L.C.* En el primero el Tribunal consideró que Roommates.com no quedaba bajo el amparo de la inmunidad del parágrafo 230 CDA porque había facilitado una serie de respuestas predeterminadas, contrarias a la legislación sobre discriminación en el alquiler de viviendas, y que el usuario debía responder, lo que le convertía en desarrollador de contenidos. *Badbusinessbureau.com* era una página que se dedicaba a recoger quejas de usuarios sobre las compañías con las que estos habían tenido una mala experiencia. Después de recibir la información del usuario se publicaba en el sitio web, añadiendo etiquetas como “estafadores”, “timo”, “empresas corruptas”. El Tribunal considero que estos comentarios añadidos eran suficiente para calificar al sitio web como proveedor de contenidos de información.

<sup>36</sup> Vid. FRANKLIN, Z. “Justice for revenge...”, *California Law Review*, 2014, pág. 1332, el autor argumenta en base a los casos *Dart v. Craigslist, S.C. v. Dirty World LLC* y *F.T.C. v. Accusearch Inc.* En el primero, se demanda a Craigslist sobre la base de que su clasificación de anuncios denominada “adultos” suponía en definitiva facilitar la prostitución. El Tribunal rechaza que Craigslist sea un proveedor de contenido de información porque nada en el servicio de anuncios induce a publicar un determinado contenido, ni el término adulto en conjunción con el de servicios es ilegal, ni supone una llamada a contenido ilegal. En *S.C. v. Dirty World* se trataba de determinar si un sitio web que incita a publicar “lo sucio” debe considerarse proveedor de contenido de información, cuando parte de esto “sucio” implica contenido presuntamente ilegal. El Tribunal rechaza esta consideración, pues no se solicita la publicación de contenido presuntamente ilegal de un sujeto en particular y porque no necesariamente el contenido solicitado debe ser ilegal. En el tercer caso, *F.T.C. v. Accusearch Inc.*, el tribunal estima que Accusearch debe ser tratado como proveedor de contenido de información porque al solicitar información confidencial y pagar a investigadores para que la consigan, asume que estos puedan utilizar medios poco ortodoxos. Sus acciones específicamente fomentaron lo que era ofensivo en el sitio web y que de hecho se dirigía a generar contenido ilegal, pues transformaba una información desconocida en una

No obstante, la posición de la Jurisprudencia dista de ser todavía clara y unánime. Así por ejemplo, la acción colectiva iniciada en 2013 por Hollie Toups, víctima del *revenge porn*, contra Texxxan.com y GoDaddy.com <sup>(37)</sup> alegando conspiración civil para invadir la intimidad y para causar intencionalmente daño emocional ha sido rechazada por el Tribunal de Apelación, denegándose también su revisión ante el Tribunal Supremo de Texas <sup>(38)</sup>.

En cualquier caso, es importante advertir, por lo se verá más adelante, que la inmunidad que proporciona el parágrafo 230 CDA decae cuando se trata de aplicar la normativa sobre propiedad intelectual, la legislación penal federal o la *Electronic Communications Privacy Act* <sup>(39)</sup>. Es esta una de las razones por las que algunas víctimas han acudido a la normativa del Copyright y por la que algunos autores demandan la incriminación de la difusión no consentida de imágenes a nivel federal.

### c) Un nuevo derecho de propiedad intelectual

La normativa sobre *copyright* se ha utilizado por algunas víctimas para eliminar las imágenes íntimas publicadas de forma no consentida en los sitios web.

Esta vía es posible siempre que la propia víctima sea la autora de las fotografías o de las grabaciones, pues -como es de todos sabido- el derecho de autor recae sobre quien realiza la fotografía o la grabación, no sobre la persona representada en la imagen. Este precisamente parece ser el caso más frecuente dentro del *revenge porn*. Cerca del 80% del material publicado es un “*selfie*” o un video grabado por la misma víctima <sup>(40)</sup>. Este dato unido al hecho de que el copyright quede fuera de la inmunidad del parágrafo 230 CDA ha sido utilizado para negar la necesidad de intervención penal en esta materia.

Ahora bien, esta vía legal no resulta ser tan eficaz y tampoco cubre todos los casos de *revenge porn*. En primer lugar, es cierto que el derecho de autor habilita a su titular para solicitar la retirada del material protegido, que se encuentra disponible en la web sin consentimiento de su autor, a través de un sistema de “*notice and take down*” (notificación y retirada). Su funcionamiento es muy sencillo. Notificado de este extremo, el operador del sitio web debe proceder a la retirada del material rápidamente

---

mercancía a disposición del público. También KITCHEN, A.N. citando el caso *Jones v. Dirty World Entm’t Recording, L.L.C.*, 766 F. Supp. 2d 828, 836 (E.D. Ky.2011) en el que el Tribunal declara que la inmunidad ofrecida por la CDA no es absoluta y que no se da cuando incita a los usuarios a publicar material ilegal o lo hace el operador web por sí mismo (“The need to criminalize...”, *Chicago-Kent Law Review*, 2015, pág. 260 y 261).

<sup>37</sup> GoDaddy.com, L.L.C. v. Toups, 429 SW 3d 752, 762 (Tex. App. 2014)

<sup>38</sup> Vid. Sobre el caso POOLE, E. “Fighting back against...”, *University of San Francisco Law Review*, 2015, pág. 198.

<sup>39</sup> 47 U.S. Code § 230, e) effect on other laws.

<sup>40</sup> Cfr. KITCHEN, A.N. “The need to criminalize...”, *Chicago-Kent Law Review*, 2015, pág. 270; POOLE, E. “Fighting back against...”, *University of San Francisco Law Review*, 2015, pág. 203.

o perderá la inmunidad que le proporciona la *Digital Millennium Copyright Act* <sup>(41)</sup> y en consecuencia será considerado responsable subsidiario de la infracción de derechos de autor. Será posible así exigirle finalmente exigirle una compensación dineraria por la infracción del derecho de autor. Si bien para hacer efectivo este derecho, quien realizó la fotografía debe haber procedido al registro del material antes de que transcurra el plazo de 90 días desde su primera publicación <sup>(42)</sup>. Esta limitación temporal constituye un obstáculo importante que puede dejar finalmente indefensa a la víctima que ha tenido conocimiento de la publicación una vez transcurrido dicho plazo. No es otra la realidad, pues muy pocas personas habrán registrado previamente este tipo de material.

Por otra parte, no es infrecuente que muchos operadores de sitios web no respondan a la notificación que les hace la víctima, pues son conscientes de que la gran mayoría de ellas no cuenta con los recursos económicos suficientes como para embarcarse en una demanda por infracción de derechos de autor <sup>(43)</sup>.

Así las cosas, aunque el sistema de notificación y retirada sea sencillo y nada costoso porque no requiere inicialmente de la intervención de un abogado, los inconvenientes que se presentan en su aplicación práctica recuerdan mucho a los de los *Torts*.

En segundo término, no se puede acudir al *copyright* cuando quien ha captado la imagen íntima ha sido un tercero y no la propia víctima. A este respecto ha surgido alguna propuesta de modificación del *copyright* que permita dar entrada a un nuevo derecho del que sería titular la persona o personas representadas en el material íntimo, de manera que la distribución o puesta a disposición del público de tales imágenes exigiría siempre su consentimiento expreso por escrito <sup>(44)</sup>. Este nuevo derecho, se aduce, permitiría fomentar la elaboración consensuada de material íntimo, constriñendo a la vez la distribución no autorizada. De esta manera se elimina el principal freno para la producción de este material (el riesgo de diseminación incontrolada), que se valora

---

<sup>41</sup> Conforme 17 U.S. Code § 512 (c)1 la responsabilidad subsidiaria del proveedor de servicios se diluye si 1) no sabe o no tiene razón para saber de la actividad infractora, 2) no tiene control sobre las publicaciones de los usuarios, 3) ha diseñado, publicitado e implementado una política para poner fin a la repetición de infracciones de los usuarios y 4) no socaba las medidas tecnológicas de protección (tales como el cifrado).

<sup>42</sup> Vid. BAMBAUER, D.E. "Exposed", *Minnesota Law Review*, pág. 2048; LINKOUS, T. "It's time for revenge ...", *Richmond Journal of Law and Technology*, 2014, pág. 22.

<sup>43</sup> Muchas de las víctimas de la página web de Hunter Moore habían enviado una notificación para la retirada del material sobre la base de la infracción de derechos de autor, pero Moore hizo caso omiso y no procedió a la retirada (vid. SCHELLER, S.H. "A picture is worth...", *North Carolina Law Review*, 2015, pág. 586 y 587).

<sup>44</sup> Vid. BAMBAUER, D.E. "Exposed", *Minnesota Law Review*, pag 2056 y sigs., desarrollando el régimen de este nuevo de distribución o exhibición pública de material íntimo. Fija también un sistema de notificación y retirada para el proveedor de servicios de internet, establece también excepciones en base al carácter noticiable del material (existencia de interés público por razón de la materia), para superar un posible conflicto con la libertad de expresión recogida en la Primera Enmienda a la Constitución.

En los casos de la imagen íntima ha sido enviada por su titular a otra persona (*sexting*) se prevé una cláusula de renuncia legal que permite al receptor disfrutar el material para sí mismo, pero no compartirlo o mostrarlo a terceros sin incurrir en responsabilidad.

positivamente por lo que supone de estrechamiento de las relaciones personales y de expresión de sentimientos románticos y sexuales de un modo diverso <sup>(45)</sup>.

Esta concepción expansiva del *copyright*, aunque no deja de ser interesante, no acaba de convencer a la Doctrina, de una parte, porque supone una desnaturalización del daño que se causa a la víctima, que se reduce así a una reivindicación en materia de propiedad <sup>(46)</sup>; y de otra, porque no tiene un efecto disuasorio sobre los autores para evitar la publicación de estos materiales íntimos <sup>(47)</sup>.

## **2.2.El recurso al Derecho penal: su tipificación expresa como delito**

La proliferación de sitios web dedicados al *revenge porn* en los últimos años <sup>(48)</sup> se ha alegado como prueba de la ineficacia de los remedios de Derecho privado en la lucha contra este fenómeno. Quienes defienden la incriminación penal del *revenge porn*, o más ampliamente la pornografía no consentida -*nonconsensual pornography*-, entienden que solo el Derecho penal puede conseguir un efecto disuasorio o preventivo <sup>(49)</sup>. De una parte, porque los autores de estos hechos no se sienten intimidados por unas improbables demandas civiles que, por regla general, no se producen por las razones ya apuntadas; y de otra, porque la finalidad del Derecho privado es resarcir el daño sufrido por la víctima.

Frente a esto la amenaza de una sanción penal -más si es de prisión- seguramente tendrá un efecto intimidatorio sobre los posibles autores, que les disuada de la publicación de este tipo de material <sup>(50)</sup>. La intervención penal perseguirá evitar la publicación inicial de este material, previniendo la victimización, máxime si se tiene en cuenta la casi imposibilidad de eliminar por completo tales imágenes de la red, una vez que han sido publicadas <sup>(51)</sup>.

Por otro lado, la intervención del Derecho penal se demanda, además, por la propia gravedad de los hechos, cuya lesividad no queda circunscrita a la que sufren las personas involucradas, sino que trasciende y afecta a la sociedad en su conjunto <sup>(52)</sup>.

---

<sup>45</sup> BAMBAUER, D.E. "Exposed", *Minnesota Law Review*, pág. 2031 y 2032.

<sup>46</sup> Vid. CITRON, D.K./FRANKS, M.A. "Criminalizing revenge...", *Wake Forest Law Review*, 2014, pág. 360.

<sup>47</sup> LINKOUS, T. "It's time for revenge ...", *Richmond Journal of Law and Technology*, 2014, pág. 23.

<sup>48</sup> Cfr. FRANKS, M.A. *Drafting an effective... ob.cit.*, pág. 2, se refiere a más de 3000 *websites* dedicados al *revenge porn* y a una media de 20 a 30 víctimas cada mes.

<sup>49</sup> Vid. LINKOUS, T. "It's time for revenge ...", *Richmond Journal of Law and Technology*, 2014, pág. 19; KITCHEN, A.N. "The need to criminalize...", *Chicago-Kent Law Review*, 2015, pág. 261

<sup>50</sup> Cfr. CITRON, D.K./FRANKS, M.A. "Criminalizing revenge...", *Wake Forest Law Review*, 2014, pág. 361.

<sup>51</sup> Cfr. KITCHEN, A.N. "The need to criminalize...", *Chicago-Kent Law Review*, 2015, pág. 266.

<sup>52</sup> En este sentido, CITRON, D.K./FRANKS, M.A. "Criminalizing revenge...", *Wake Forest Law Review*, 2014, pág. 362.

En primer lugar, la afectación de la intimidad es de las más graves, pues supone la exposición pública de una actividad tan reservada como la sexual. Una exposición que además es gráfica, lo que intensifica el ataque a la intimidad, y que a la vez –se dice– implica una explotación sexual no querida en la medida en que las imágenes íntimas son usadas como pornografía. Se conceptúa, por ello, el *revenge porn* como una forma de abuso sexual, aun cuando no haya contacto físico con la víctima (<sup>53</sup>). Sus imágenes íntimas son utilizadas como entretenimiento sexual por terceros, lo que coloca a las víctimas ante un peligro real de humillación y de acoso. La víctima recibe amenazas, es acosada, buscada en su casa o en su lugar de trabajo, abordada en la calle, vejada o insultada (<sup>54</sup>). Se genera en definitiva un mayor riesgo de actividad criminal (<sup>55</sup>).

Hasta fechas relativamente recientes la difusión no consentida de imágenes íntimas no era punible, a no ser que el caso concreto constituyera un delito de ciberacoso o *stalking*. Si bien para ello sería necesario demostrar que existe un patrón de conducta o un conjunto de actos repetidos de acoso dirigidos a causar un daño emocional grave (18 U.S.C. § 2261A) (<sup>56</sup>). La sola publicación de este material íntimo en la web quedaría fuera del tipo o si la intención es únicamente la de aumentar el tráfico de la página web u obtener mayores ganancias económicas o simplemente conseguir notoriedad. Además, algunas de las leyes estatales de ciberacoso requieren que haya una comunicación directa y persistente con la víctima, lo que no se ajusta a los supuestos estándar de *revenge porn*, en los que las imágenes íntimas se publican en páginas web, blogs, redes sociales, etc. (<sup>57</sup>).

Asimismo en algunos otros casos de difusión no consentida de imágenes íntimas se puede recurrir al *Computer Fraud and Abuse Act*, si es que ha habido un *hacking* previo

---

<sup>53</sup> Vid. CITRON, D.K./FRANKS, M.A. "Criminalizing revenge...", *Wake Forest Law Review*, 2014, pág. 361

<sup>54</sup> Según un estudio realizado por Cyber Civil Rights Initiative el 49% de las víctimas dice haber sufrido acoso o *stalking* on line por quienes habían visto este material, 30% fueron acosadas en el mundo off line (en persona o por teléfono) por quienes habían visto este material, 25% recibieron mensajes obscenos, amenazantes, etc. (vid. FRANKS, M.A. *Drafting an effective...ob.cit.*, pág. 9).

<sup>55</sup> Vid. Sobre el particular KITCHEN, A.N. "The need to criminalize...", *Chicago-Kent Law Review*, 2015, pág. 265, quien se refiere también a daños sociales en la economía porque el *revenge porn* saca a las víctimas del mercado de trabajo estigmatizándolas como "no empleables" y mermando sus posibilidades de desarrollo profesional (*ibidem*, pág. 263); la autora también se refiere a la incidencia negativa en las relaciones sociales al minar la confianza y la intimidad en las relaciones interpersonales potenciando la insensibilidad y la apatía como reglas (*ibidem*, pág. 264).

<sup>56</sup> Vid. LIPTON, J.D. "Combating cyber-victimization", *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 26, 2011, pág. 1109 y 1110.

<sup>57</sup> Vid. sobre el particular CITRON, D.K./FRANKS, M.A. "Criminalizing revenge...", *Wake Forest Law Review*, 2014, pág. 365 y sigs. También, LINKOUS, T. "It's time for revenge ...", *Richmond Journal of Law and Technology*, 2014, pág. 25; POOLE, E. "Fighting back against...", *University of San Francisco Law Review*, 2015, pág. 205 y 206. De modo general advirtiendo de las lagunas de punición en las actuales leyes sobre ciberbullying y ciberharassment LIPTON, J.D. "Combating cyber...", *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 26, 2011, pág. 1126 y sigs. De otra opinión, abogando por la aplicación de los tipos de acoso como solución para reprimir el *revenge porn*, GOLDMAN, E. *California's New Law Shows it's not easy to regulate revenge porn*, FORBES (octubre 8, 2013), disponible en <http://www.forbes.com/sites/ericgoldman/2013/10/08/californias-new-law-shows-its-not-easy-to-regulate-revenge-porn/> (última consulta 20 mayo 2015).



o un acceso no autorizado a un ordenador (18 U.S. Code § 1030), o al *Video Voyeurism Prevention Act*, cuando la imagen ha sido obtenida sin el consentimiento de la víctima en circunstancias bajo las que hay una expectativa razonable de intimidad (18U.S.Code § 1801 (2012)). También se ha aplicado el delito de extorsión para sancionar la conducta de los operadores de servicios de internet que reclaman una cantidad de dinero a la víctima para retirar las imágenes íntimas publicadas sin su consentimiento. Así en los casos citados de Hunter Moore o de Kevin Bollaert. Pero en ninguna de estas normas se sanciona por el hecho de la difusión misma de este material íntimo.

Dejando aparte el caso particular de New Jersey que lo incorporó en 2004, la tipificación expresa de este fenómeno no tuvo lugar sino hasta 2013, en que California sancionó la distribución no consentida de imágenes íntimas siempre que con ello se cause a la víctima un daño emocional grave. Esta corriente criminalizadora ha sido seguida durante 2014 por otros muchos Estados (Arizona, Colorado, Delaware, Georgia, Hawái, Idaho, etc.) que, de una manera más o menos amplia, han ido incorporando estos hechos en sus Códigos penales hasta llegar a mayo de 2015, en donde son ya 18 Estados –entre ellos, también Florida– los que cuentan con legislación penal específicamente aplicable al *revenge porn* y 20 más, los que se encuentran en fase de tramitación de modificaciones para tipificarlo <sup>(58)</sup>.

A nivel federal, aunque no existe todavía ningún delito que específicamente castigue esta conducta, se ha anunciado ya la elaboración de un proyecto para convertir el *revenge porn* en delito federal <sup>(59)</sup>. La incriminación a nivel federal se demanda por razones esencialmente, porque permite eludir la inmunidad que proporciona a los proveedores de servicios de internet el § 230 CDA, pues como vimos las leyes penales federales están excluidas de su ámbito de aplicación; y porque con ello se resuelven los problemas de jurisdicción interestatal que se pueden presentar al tratarse de un ilícito que, como todos los que tienen lugar en el mundo cibernético, trasciende las fronteras de los Estados <sup>(60)</sup>.

#### **a) Los códigos penales estatales**

La tipificación a nivel estatal se ha realizado de manera muy desigual tanto en lo relativo a la gravedad de la infracción penal como en la descripción de la conducta típica o en la propia ubicación sistemática del este nuevo ilícito penal.

New Jersey puede considerarse el primer Estado en incriminar estos hechos. Fue introducido en 2004 para sancionar los casos de “video voyeurismo” <sup>(61)</sup>, pero cuenta con un tipo lo suficiente amplio para dar cobertura a supuestos de *revenge porn*. Se ubica,

---

<sup>58</sup> Vid. GREENBERG, P. “Avenging revenge porn”, *States Legislatures* 40.3 (2014); también <http://www.cagoldberglaw.com/states-with-revenge-porn-laws/> (última visita, 21 mayo 2015)

<sup>59</sup> En marzo de 2014, Jackie Speier, Representante por California, anunció que estaba elaborando una propuesta para introducir legislación federal que tipifique la distribución de *revenge porn* (vid. LINKOUS, T. “It’s time for revenge ...”, *Richmond Journal of Law and Technology*, 2014, pág. 38).

<sup>60</sup> En este sentido, LINKOUS, T. “It’s time for revenge ...”, *Richmond Journal of Law and Technology*, 2014, pág. 36 y 37; CITRON, D. “Revenge porn site operators and Federal Criminal Liability, January 30, 2013, en <http://concurringopinions.com/archives/2013/01/revenge-porn-site-operators-and-federal-criminal-liability.html> (última consulta 20 mayo 2015).

<sup>61</sup> Cfr. LINKOUS, T. “It’s time for revenge ...”, *Richmond Journal of Law and Technology*, 2014, pág. 26.

por tanto, entre los delitos sexuales. Concretamente se castiga como un delito grave (*felony*), con prisión de 3 a 5 años o multa de no más de 30.000 dólares, la divulgación de imágenes sexualmente explícitas de otro sin su consentimiento. Se sanciona, asimismo, la observación, captación o grabación, no consentidas, de las partes íntimas de otra persona o de la actividad sexual en que esta participa <sup>(62)</sup>.

Esta norma ha permitido juzgar dos casos. Uno en 2010, cuando Dharan Ravi, un estudiante de la Universidad de Rutgers, colocó subrepticamente una cámara web para espiar a su compañero de habitación, Tyler Clementi. La cámara transmitió en vivo las relaciones sexuales que este estaba manteniendo con otro hombre. Después de descubrir lo ocurrido, Clementi se suicidó. Ravi fue condenado. El otro tuvo lugar en 2011. En esta ocasión, la víctima había intercambiado con el acusado fotos de ella “sin ropa”. Tras la ruptura de la relación, su ex amenazó con enviar estas fotos al colegio público donde aquella trabajaba, lo que efectivamente hizo <sup>(63)</sup>. También fue condenado por difusión de imágenes íntimas sin consentimiento.

Al igual que New Jersey, Alaska y Texas ya contaban con tipos que, aunque no fueron pensados para hacer frente al fenómeno del *revenge porn*, son lo suficientemente amplios para abarcarlo. Así en el caso de Alaska se ha utilizado el tipo de ciberacoso <sup>(64)</sup> para acusar a Joshua P. Hoehn, quien, después de extraer del ordenador de su compañero de piso las fotos comprometidas de este, creó falsos perfiles en las redes sociales haciéndose pasar por una mujer y su hermana, en los que publicó las fotos desnudas de ellos con leyenda explícitamente sexuales <sup>(65)</sup>. En Texas la norma relativa a la fotografía o grabación indebida de la imagen de otra persona <sup>(66)</sup> ha sido declarada inconstitucional por la 4ª Corte de Apelación de San Antonio, por restringir la libertad expresión <sup>(67)</sup>.

California, por su parte, introduce un tipo más restringido, tratando con ello de eludir una posible colisión con la libertad de expresión, y ya específicamente dirigido a sancionar el *revenge porn*. Su alcance es limitado, pues solo sanciona la distribución no consentida de imágenes íntimas realizada con una determinada intencionalidad y siempre que provoque un concreto resultado. El autor debe actuar sabiendo o debiendo saber que puede causar un estrés emocional grave en la víctima y que éste debe

---

<sup>62</sup> Vid. New Jersey Statutes Annotated 2C: 14-9

<sup>63</sup> Cfr. CITRON, D.K./FRANKS, M.A. “Criminalizing revenge...”, *Wake Forest Law Review*, 2014, pág. 372.

<sup>64</sup> Alaska Stat. § 11.61.120 (2013)

<sup>65</sup> Cfr. LINKOUS, T. “It’s time for revenge ...”, *Richmond Journal of Law and Technology*, 2014, pág. 29 y 30.

<sup>66</sup> Texas Penal Code 21.15 Improper photography or visual recording.

<sup>67</sup> En concreto se ha declarado inconstitucional el apartado (b) (1) del § 21.15, que castigaba a quien fotografiara o grabara en video o por otro medio electrónico grabara, difundiera o transmitiera una imagen de otra persona captada en un lugar que no fuera un cuarto de baño o un probador, sin el consentimiento de esta, y con la intención de despertar o satisfacer el deseo sexual de cualquier persona. La amplitud del texto se estima excesiva desde el punto de vista del contenido del discurso prohibido: cualquier imagen de otro tomada en un lugar diverso del cuarto de baño o del probador (vid. *Thompson*, 414 S.W. 3d 872, 874 (Tex. App. 2013).

efectivamente haberse producido (<sup>68</sup>). Inicialmente, además, únicamente podía ser autor quien hubiera captado la imagen íntima, dejando fuera los supuestos de distribución por un tercero o aquellos en que hubiera sido la propia víctima quien se hubiera realizado la fotografía y la hubiera compartido con el autor de la difusión in consentida (<sup>69</sup>). El texto fue modificado en 2014 para incluir precisamente estos casos. Se configura como un delito menos grave (*misdemeanor*), sancionado con pena de hasta seis meses de prisión y multa de 1000 dólares, dentro del delito de conductas desordenadas.

En la mayoría de los Estatutos estatales que han introducido tipos específicos para luchar contra el fenómeno del *revenge porn* se ha adoptado una técnica legislativa semejante, en la que se busca restringir el alcance del tipo para superar el posible conflicto con la libertad de expresión. En lo que difieren es en la forma en que lo han hecho. Así, en algunos casos se exigen elementos subjetivos como la intención de causar un grave daño emocional (Utah, Maryland, Florida), la de acosar, humillar, atemorizar (Pennsylvania, Virginia, New México) o el ánimo de despertar o satisfacer el deseo sexual o invadir la privacidad (Texas), el de perjudicar a la víctima en su salud, profesión, reputación, relaciones personales, condición financiera, etc. (Hawái) o, en fin, la finalidad de acosar a la víctima o de obtener un lucro (Colorado). En otros casos, además, se limita la conducta típica a las difusiones realizadas en internet o por medios electrónicos de transmisión (Nuevo México, Maryland, Florida,). En algunos Estatutos se restringe la condición de autoría a los mayores de 18 años (Colorado) o se exige que la víctima sea mayor de 18 años (Illinois, Utah), quizás para diferenciar estas conductas de las de *sexting* protagonizadas por menores, y que como veremos han merecido una tipificación específica que las diferenciara de los delitos relativos a la pornografía infantil. En otros, en fin, como Pensilvania, la minoría de edad del sujeto pasivo, en cambio, es una circunstancia que agrava la responsabilidad penal.

Algunos, sin embargo, han introducido tipos más amplios, en los que no se exigen elementos subjetivos específicos más allá del dolo. Es el caso de Wisconsin, en cuyo Código penal se sanciona la difusión de una imagen que muestre a otra persona desnuda, total o parcialmente, o participando en una conducta sexualmente explícita, sin consentimiento de ella (<sup>70</sup>); o de Idaho que tipifica como delito grave la difusión de una imagen en la que se muestran las partes íntimas de otra persona, cuando esta no lo consiente y una o ambas partes entendieron que la imagen permanecería en el ámbito privado (<sup>71</sup>). También como delito grave sanciona Illinois la difusión intencional de una imagen íntima de estas características, siempre que la víctima tenga al menos 18 años de edad y sea identificable directamente por la imagen o por la información que aparece en conexión con la imagen, y se haya obtenido la imagen en unas circunstancias en que una persona razonable sabría o entendería que era para mantenerse en el ámbito privado y el autor sabe o debería haber sabido que la persona representada en la imagen no ha consentido la difusión (<sup>72</sup>). En términos semejantes se tipifica también en el Código

---

<sup>68</sup> Vid. California Penal Code 647 (j) (4)

<sup>69</sup> Cfr. LINKOUS, T. "It's time for revenge ...", *Richmond Journal of Law and Technology*, 2014, pág. 28.

<sup>70</sup> Code of Wisconsin § § 942.09 (1) (bn), (3m) (a) 2014, representations depicting nudity.

<sup>71</sup> Idaho Code Annotated § 18-6609 (2)(b) 2014, crime of video voyeurism.

<sup>72</sup> Illinois Criminal Code Sec. 11-23.5 (b) 2015 non-consensual dissemination of private sexual images.

penal de Delaware <sup>(73)</sup>, si bien como delito menos grave que se transforma en grave por la concurrencia de una serie de circunstancias agravantes, entre ellas el actuar con ánimo de lucro o el publicar información identificativa de la víctima junto con la imagen íntima.

Por lo que se refiere a la gravedad de la infracción, se advierte la misma disparidad, lo que lleva a una gran diferencia en las penas asignadas en unos y otros Estados. Mientras unos han optado por configurarlo como delito (*felony*) con unas penas de hasta 5 años de privación de libertad junto con una multa significativa (50.000 o 100.000 dólares), en la gran mayoría se ha tratado como una falta (*misdemeanor*), a la que le corresponde una prisión que no supera el año o año y medio de duración y una multa de más reducida cuantía (1000 o 5000 dólares). No obstante, algunos Estados como Utah y Florida, han previsto agravaciones por razón de reincidencia del sujeto que transforman el delito de menos grave en grave.

La ubicación sistemática de este nuevo delito también varía de unos Estatutos a otros. La naturaleza sexual del material divulgado ha llevado en muchos casos a su tipificación entre los delitos sexuales sin más (New Jersey, Idaho, Arizona, Pensilvania, Texas), o específicamente como pornografía (Illinois), explotación sexual (Utah) o acoso sexual (Florida). En otros casos, se contempla como una modalidad de las denominadas conductas desordenadas (California) o de obscenidad (Virginia o Colorado) dentro de una sección dedicada a los delitos contra el orden, la moral o la decencia, o incluso como una forma de acoso o *stalking* dentro de los delitos contra las personas (Maryland). Solo unos pocos Estatutos lo definen de manera más apropiada como un ataque a la intimidad (Georgia, Delaware, Wisconsin). Estos modelos de protección, como veremos, se reproducen en el Derecho comparado.

La gran disparidad en la descripción de las conductas típicas y en la valoración penal que reciben hechos semejantes en los Códigos penales de los distintos Estados, provoca algunos efectos perturbadores. En primer lugar, un excesivo acotamiento en la descripción típica genera lagunas de punición, al no poder abarcar todos los supuestos de difusión no consentida de imágenes a los que nos referíamos al inicio de este trabajo <sup>(74)</sup>. Se acaba confundiendo el dolo con el móvil <sup>(75)</sup>; en segundo lugar, una redacción típica demasiado amplia genera problemas como veremos seguidamente, con el derecho constitucional a la libertad de expresión <sup>(76)</sup>, y en algunos casos supone

---

<sup>73</sup> Delaware Code Annotated, Title 11 crimes and criminal procedure, section 1335, violation of privacy.

<sup>74</sup> Así sucedió en la primera versión aprobada en California que no cubría los *selfies*, o en el texto del Código de Wisconsin, en el que se exige que el autor sepa o tenga razones para saber que la persona que se muestra desnuda no sabía que estaba siendo filmada o fotografiada o no consentía la captación de la imagen (vid. KITCHEN, A.N. "The need to criminalize...", *Chicago-Kent Law Review*, 2015, pág. 270). Muchos Estatutos además no incriminan la difusión no consentida de imágenes íntimas obtenidas mediante hacking (*ibidem*, pág. 271).

<sup>75</sup> En este sentido, advirtiendo que las razones por las que un sujeto difunde este tipo de imágenes no son siempre para causar una situación de estrés emocional grave o dañar a la víctima, sino por ejemplo para aumentar el tráfico de la página, adquirir notoriedad o simplemente lucrarse, FRANKS, M.A. *Drafting an effective... ob.cit.*, pág. 5.

<sup>76</sup> Vid. LINKOUS, T. "It's time for revenge ...", *Richmond Journal of Law and Technology*, 2014, pág.32, quien se refiere a la oposición inicial de la *American Civil Liberties Union* a las primeras versiones de este delito en el Código penal de California.

desproporcionalidad, pues se pueden acabar castigando con la misma pena supuestos de distinta lesividad. En este sentido, se advierte que no debería recibir la misma pena, por ejemplo, la simple muestra de la fotografía íntima a otro que su publicación en internet <sup>(77)</sup>.

Por otra parte, se critica que casi todos los textos penales se dirigen a sancionar únicamente a quien realizó la primera difusión, quedando fuera del tipo los terceros que vuelven a difundir o revelar lo ya publicado <sup>(78)</sup>. Únicamente en el texto de Delaware se prevé una agravación cuando el autor mantiene a sabiendas una página web, un servicio o aplicación *on line* con la finalidad de reproducir, distribuir, exhibir, publicar, transmitir o difundir de otra forma estas imágenes íntimas <sup>(79)</sup>.

En cualquier caso, el mayor inconveniente que presenta la incriminación a nivel estatal únicamente es que los operadores de páginas web cuentan con la inmunidad que proporciona el párrafo 230 CDA, con las salvedades que ya se analizaron.

### **b) Protección de la intimidad versus libertad de expresión**

Uno de los mayores recelos que suscita la incriminación de la difusión no consentida de imágenes íntimas es su posible colisión con el derecho a la libertad de expresión, reconocido en la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense.

La idea de que la prohibición penal del *revenge porn* pueda suponer una restricción inconstitucional del contenido del discurso disponible *on line* se apoya en un principio básico establecido por la Jurisprudencia: no puede prohibirse un discurso solo por el hecho de que resulte detestable u ofensivo <sup>(80)</sup>.

Según los Tribunales una restricción que afecte al contenido del discurso sólo es admisible si existe un interés primordial del Estado que no pueda ser satisfecho de una forma menos lesiva. En este sentido, algunos autores estiman que el daño emocional que deriva de la difusión no consentida de secretos personales no constituye un interés primordial que justifique la restricción de la libertad de expresión. El derecho a saber la verdad acerca de quién nos rodea –se dice– puede primar sobre el derecho a la intimidad, en la medida en que el contenido de aquella información pueda llegar a afectarnos de alguna manera adversa <sup>(81)</sup>.

Sin perjuicio de que respecto de algunos hechos esta afirmación pueda ser cierta (piénsese en la condición de pederasta o depredador sexual de por ejemplo el vecino), no parece que respecto del tema objeto de estudio pueda llegar a sostenerse esta

---

<sup>77</sup> Vid. POOLE, E. "Fighting back against...", *University of San Francisco Law Review*, 2015, pág. 207, comentando los Estatutos de New Jersey, Wisconsin y Idaho.

<sup>78</sup> Cfr. KITCHEN, A.N. "The need to criminalize...", *Chicago-Kent Law Review*, 2015, pág. 271 y 283.

<sup>79</sup> Delaware Code Annotated 2014 § 1335 (a) 9 (c)3

<sup>80</sup> Vid. KITCHEN, A.N. "The need to criminalize...", *Chicago-Kent Law Review*, 2015, pág. 274, nota 237, citando los casos FCC v. Pacifica Found, 438 U.S. 726, 745 (1978); Street v. New York, 394 U.S. 576, 592 (1969).

<sup>81</sup> Cfr. HUMBACH, J.A. "Privacy and the right of free expression, *First Amendment Law Review*, vol. 11, 2012, pág. 31 y sigs.

conclusión, pues la imagen íntima de una persona en nada puede afectar adversamente al tercero <sup>(82)</sup>.

Por otra parte, determinadas categorías del discurso quedan fuera de la libertad de expresión y otras admiten restricciones en base a su propensión a ocasionar daños graves y a su escasa contribución a los valores asociados a la libertad de expresión <sup>(83)</sup>. En el ámbito de las primeras entra la difamación, la obscenidad, la incitación a la violencia, la pornografía infantil, entre otras <sup>(84)</sup>. En el ámbito de las segundas, está el discurso considerado “indecente” o pornográfico.

Para algunos autores la prohibición del *revenge porn* no resulta inconstitucional precisamente porque constituiría obscenidad, una categoría de discurso no amparada por la libertad de expresión <sup>(85)</sup>. No sería por ello necesario proceder al examen o escrutinio estricto que exige aquella demostración de interés primordial del Estado. El caso de referencia es *Miller v. California*, en el que el Tribunal dispone que el material será obsceno siempre que se den los tres elementos siguientes: a) apelación a un interés lascivo de la obra considerada como un todo, en la valoración que realizaría la media de la población de acuerdo con un estándar contemporáneo; b) representación o descripción de forma ostensiblemente ofensiva de una conducta sexual que ha sido específicamente definida en la Legislación del Estado de que se trate; c) ausencia de valor literario, artístico, político o científico de la obra, apreciada como un todo. <sup>(86)</sup>.

La aplicación de estos parámetros al *revenge porn* no supondría grandes problemas respecto de los dos últimos. De una parte, se trata de imágenes de contenido sexual evidente, pues se representa a la persona desnuda o semidesnuda o participando en una actividad sexual, de manera que son evidentemente ofensivas. Además, se argumenta que, al vincularse en estos casos las imágenes con los perfiles de las redes sociales o profesionales de la víctima, existe un peligro relevante de que se ofenda la sensibilidad de receptores involuntarios o poco dispuestos a acceder a dicho material <sup>(87)</sup>. De otra parte, no puede apreciarse ningún valor ni literario ni artístico ni político o científico en

<sup>82</sup> En este sentido, KITCHEN, A.N. “The need to criminalize...”, *Chicago-Kent Law Review*, 2015, pág. 275.

<sup>83</sup> Se indican diferentes maneras en las que los Tribunales analizan la libertad de expresión. Desde una aproximación categorial se considera el tipo de discurso que se está tratando de restringir y se determina si ese tipo queda o no amparado por aquel derecho. Desde un enfoque ponderado se valoran los intereses en conflicto. Un tercer enfoque analiza el foro en el que tiene lugar el discurso para determinar el nivel de protección que recibirá en el mismo. La exclusión de materias pertenece a la primera categoría, la restricción en determinados casos (pornografía, indecencia, etc.) pertenece a la segunda categoría (vid. sobre el particular, SCHELLER, S.H. “A picture is ...”, *North Carolina Law Review*, vol. 93, 2015, pág. 567 y sigs.)

<sup>84</sup> Vid. CITRON, D.K./FRANKS, M.A. “Criminalizing revenge...”, *Wake Forest Law Review*, 2014, pág. 375.

<sup>85</sup> Vid. VOLOKH, E. “Florida «Revenge porn» Bill”, *VOLOKH CONSPIRACY*, 10-4-2013, <http://volokh.com/2013/04/10/florida-revenge-porn-bill/> (última consulta 1-6-2015); también CITRON, D.K./FRANKS, M.A. “Criminalizing revenge...”, *Wake Forest Law Review*, 2014 pág. 376; en contra, SCHELLER, S.H. “A picture is ...”, *North Carolina Law Review*, vol. 93, 2015, pág. 569, considerándolo improbable, pues los Tribunales suelen ser muy reticentes a expandir el número limitado de excepciones a la libertad de expresión. Así, se cita el caso *United States v. Stevens* (559 US 460, 465-66 (2010), en el que se declara que los videos que representan crueldad con animales (*animal crush fetish videos*) están amparados por la libertad de expresión.

<sup>86</sup> Cfr. *Miller v. California*, 413 US 15, 24 (1973).

estas imágenes, toda vez que son publicadas sin consentimiento de la persona representada <sup>(88)</sup>.

La dificultad estaría en lo relativo al estándar contemporáneo conforme al cual considerar que dicho material apela a la lascivia, pues no se sabe cuál sería su parámetro: una nación, una comunidad, el adulto medio <sup>(89)</sup>. En este sentido, por ejemplo, la pornografía no ha sido considerada en principio como obscena <sup>(90)</sup>, por lo que está amparada por la libertad de expresión; si bien se pueden imponer restricciones en base a la protección de un interés preponderante como puede ser, por ejemplo, la protección de los menores, que habilita para limitar el acceso a la misma.

Otra posibilidad que se baraja es considerar que el *revenge porn* se catalogue como material “indecente”. Ello permitiría establecer una regulación que restringiera la libertad de expresión en base a la presencia de un interés preponderante, que bien podría ser la preservación de la intimidad personal. Así en el caso *FCC v. Pacifica* <sup>(91)</sup> el Tribunal declaró que el contenido que la cadena de radio *Pacifica* emitió era vulgar, ofensivo y chocante y que por ello no tenía derecho a una protección absoluta en todos los casos, estableciendo dos razones que justificaban la restricción de las emisiones de estos contenidos: el que la emisión invadiera la intimidad de los receptores en sus propios hogares y el que fuera fácilmente accesible para los menores. Se limitó así el horario de emisión de estos contenidos a uno en el que los niños no pudieran estar escuchándolo.

Esta misma idea puede ser fácilmente aplicable al *revenge porn*, por lo menos por lo que se refiere a la fácil accesibilidad para los menores de las páginas web con estos contenidos <sup>(92)</sup>. Es cierto que el *revenge porn* no supone una intromisión en la intimidad del hogar de los posibles receptores, pero sí constituye una vulneración de la intimidad de la persona representada en la imagen, dado que no consiente su difusión. Se trata de establecer una ponderación en el conflicto entre intimidad y libertad de expresión, de manera que se admita la restricción en algunos casos.

En este sentido, un sector doctrinal favorable a la incriminación del *revenge porn* acude a los criterios que ha proporcionado la Jurisprudencia en el examen de la constitucionalidad de las sanciones que impiden la revelación no consentida de comunicaciones privadas (*Wiretap Act*), concretamente, de la publicación de escuchas

---

<sup>87</sup> Cfr. KITCHEN, A.N. “The need to criminalize...”, *Chicago-Kent Law Review*, 2015, pág. 279.

<sup>88</sup> Reconociendo esta falta de valor artístico por la falta de consentimiento, aunque considerando improbable que los Tribunales lo incluyan en la categoría de obscenidad, Vid. SCHELLER, S.H. “A picture is ...”, *North Carolina Law Review*, vol. 93, 2015, pág. 570.

<sup>89</sup> Cfr. LINKOUS, T. “It’s time for revenge ...”, *Richmond Journal of Law and Technology*, 2014, pág. 34. También, advierte de ello STOKES, J.K. “The indecent internet: resisting unwarranted internet exceptionalism in combating revenge porn”, en *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 29, 2014, pág. 945.

<sup>90</sup> En *Reno v. Civil Liberties Union* ( 521 US, 844 (1997)).

<sup>91</sup> *FCC v. Pacifica*, 438 US, 747 (1978).

<sup>92</sup> Así, LINKOUS, T. “It’s time for revenge ...”, *Richmond Journal of Law and Technology*, 2014, pág. 35; también, SCHELLER, S.H. “A picture is ...”, *North Carolina Law Review*, vol. 93, 2015, pág. 573.



ilegales y del *Tort* sobre revelación de hechos privados: la distinción entre asuntos de interés público y los puramente privados, en los que primaria la preservación de la intimidad sobre la libertad de expresión, a no ser que se tratara de hechos noticiables (<sup>93</sup>). CITRON/FRANKS se refieren al caso del Congresista Anthony Weiner para explicar cuando un asunto de *revenge porn* puede llegar a tener interés público. En concreto se trataba de que varias mujeres habían revelado a la prensa que Weiner les había enviado fotografías, no solicitadas, sexualmente explícitas de sí mismo en diversas ocasiones a través de twitter y de mensajes de texto. Con ello se manifestaba una conducta potencialmente hostigadora de Weiner frente a un extraño. La revelación de estos hechos proporcionaba información sobre la solvencia de juicio de un representante público. Tiempo después otra mujer difundió imágenes sexualmente explícitas de Weiner, que él mismo le había remitido mientras mantenían una relación amorosa. El asunto tenía interés público, pues Weiner había prometido no involucrarse en este tipo de relaciones extramaritales. Ahora bien no puede afirmarse que hubiera un interés del público en la visión de la imagen en sí, más allá de que su existencia constituía una prueba de lo afirmado. Algo que podía demostrarse fácilmente por los mensajes de texto que habían intercambiado (<sup>94</sup>). En el primer caso, era necesaria la revelación de las imágenes para demostrar esa conducta potencialmente hostigadora, mientras que en el segundo, no.

Así las cosas, puede afirmarse que la prohibición penal del *revenge porn* no tiene por qué contravenir el derecho constitucional a la libertad de expresión. Bastaría con establecer una serie de excepciones a la incriminación que sirvan a los valores que encierra este derecho constitucional (<sup>95</sup>). Así en muchos de los Estatutos estatales se han establecido defensas que excluyen la tipicidad en base al carácter público o noticiable de la información.

Por otra parte parece evidente que este tipo de imágenes íntimas compartidas en el ámbito de la pareja tiene poco que ver con los valores de auto gobernanza o desarrollo de la democracia en la sociedad y más con una forma de expresión de la sexualidad o de las relaciones íntimas, que puede ser coartada por el miedo a una revelación. Por ello

---

<sup>93</sup> Así en el caso *Bartnicki v. Vopper* se publicó una conversación telefónica, captada ilegalmente por un desconocido, entre el presidente del sindicato de maestros y el jefe negociador del sindicato relativa a las negociaciones con el Consejo escolar. El Tribunal argumento la constitucionalidad de la difusión en base a la libertad de expresión, distinguiendo entre asuntos de interés público y los que solo tienen un puro interés privado. Respecto de estos últimos se admiten restricciones constitucionales a la libertad de expresión. Así también en el caso *Michaels v. Internet Entertainment Group, Inc.*, en el que se impidió la difusión de un video sexual protagonizado por una pareja de famosos, Bret Michaels y Pamela Anderson Lee, argumentando que el público no tenía ningún interés legítimo en la representación gráfica de uno de los aspectos más íntimos de la relación de una pareja de famosos (vid. CITRON, D.K./FRANKS, M.A. "Criminalizing revenge...", *Wake Forest Law Review*, 2014 pág. 377 y sigs.).

<sup>94</sup> *Ibidem*, pags. 382 y sigs.

<sup>95</sup> Se mencionan tres teorías que explican porque es esencial la libertad de expresión: la primera incide en la idea de la autorrealización, esto es, en que el ser humano se realiza a través de su propia expresión y que esa expresión es única. La segunda reside en la verdad y el foro de ideas, de manera que al no limitar las ideas se permite que salga la mejor idea posible. La tercera es la auto gobernanza. Se trata de contribuir al discurso público de forma activa y para ello es necesario toda la información posible sobre un político y los asuntos políticos (vid. SCHELLER, S.H. "A picture is ...", *North Carolina Law Review*, vol. 93, 2015, pág. 566).

puede decirse que la protección de la intimidad personal en este ámbito sirve en realidad a la libertad de expresión en su faceta de autorrealización <sup>(96)</sup>.

### c) **Incriminación del *revenge porn* a nivel federal**

La Doctrina favorable a la incriminación del *revenge porn* ha demandado su tipificación como delito federal en base a diversas razones <sup>(97)</sup>. La primera de ellas tiene que ver con la anulación de la inmunidad que el § 230 *Communications Decency Act* ofrece a los proveedores de servicios de internet, dado que no alcanza a la legislación penal federal, como ya se comentó más atrás.

En segundo lugar, una incriminación a nivel federal resuelve los problemas de jurisdicción estatal que puedan derivarse del carácter transfronterizo de estos ilícitos, que se sirven de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, y especialmente internet en su comisión y que dificultan la persecución penal.

Por otra parte, la construcción de un delito federal asegura una cierta uniformidad de la materia de prohibición y de la sanción a aplicar. Lo que resulta positivo, no solo por el hecho de que hasta la fecha no todos los Estados han incriminado el *revenge porn*, sino también por la disparidad en la tipificación entre los que sí lo han hecho.

Así las cosas, este nuevo delito federal debería castigar a quien, a sabiendas, publica o distribuye en internet una fotografía o video de explícito contenido sexual sin el consentimiento de la persona representada en ella; de manera que el tipo abarque tanto las imágenes íntimas realizadas por un tercero como los propios *selfies*, que aunque son compartidos con un tercero, no existe un consentimiento para su ulterior difusión <sup>(98)</sup>.

La conducta típica quedaría definida por la difusión no consentida de la imagen íntima con independencia de cómo hubiera sido obtenida: bien de forma ilícita o no consentida (hacking, captación subrepticia, etc.) o bien de forma lícita (proporcionada por la propia víctima, captación consentida, autorizada) <sup>(99)</sup>. Tampoco debería quedar limitado el medio de difusión a internet o a transmisiones electrónicas, pues la afectación a la intimidad puede realizarse también a través de su reproducción en papel, dvds, usbs, etc. <sup>(100)</sup>. En este sentido, se cuestiona si la conducta debe abarcar la revelación a un solo sujeto o únicamente cuando se haga a un grupo amplio o indeterminado de sujetos. La doctrina se decanta por una definición amplia por los efectos devastadores que en la práctica ha tenido su revelación a un solo sujeto, pues hay víctimas que han sido despedidas después de que su jefe recibiera este material <sup>(101)</sup>.

En cuanto al tipo subjetivo, el grueso de la Doctrina sostiene que no debería hacerse referencia a ninguna finalidad específica (venganza, daño, etc.) como ha ocurrido en los

<sup>96</sup> En este sentido, CITRON, D.K./FRANKS, M.A. "Criminalizing revenge...", *Wake Forest Law Review*, 2014, pág. 385.

<sup>97</sup> Vid. LINKOUS, T. "It's time for revenge ...", *Richmond Journal of Law and Technology*, 2014, pág. 36.

<sup>98</sup> LINKOUS, T. "It's time for revenge ...", *Richmond Journal of Law and Technology*, 2014, pág. 37.

<sup>99</sup> Vid. POOLE, E. "Fighting back against...", *University of San Francisco Law Review*, 2015, pág. 212.

<sup>100</sup> Cfr. FRANKS, M.A. *Drafting an effective...* ob.cit., pág. 7.

<sup>101</sup> Vid. CITRON, D.K./FRANKS, M.A. "Criminalizing revenge...", *Wake Forest Law Review*, 2014, pág. 389.

textos legales de algunos de los Estados, que exigen, por ejemplo, el ánimo de causar un grave daño emocional, de dañar o de acosar. Sería suficiente, en consecuencia, con el dolo, con que el sujeto supiera que las imágenes fueron captadas o compartidas para permanecer en el ámbito privado y, por tanto, que se difunden sin el consentimiento de la víctima. De esta manera se evitarían lagunas de impunidad, dado que el comportamiento del autor puede obedecer a distintas motivaciones: desde la broma o el divertimento, a la obtención de un lucro o infligir daños de diferentes tipos (emocional, económico, profesional, etc.). La finalidad con la que actúa el sujeto debería ser, pues, indiferente a la hora de tipificar la conducta punible <sup>(102)</sup>. Así en el conocido caso *celebgate*, la difusión en internet de las fotos “comprometidas” de actrices y cantantes famosas, a las que se accedió de forma ilícita “hackeando” sus cuentas de *icloud* <sup>(103)</sup>, fue realizada por quienes no guardaban relación alguna con las víctimas y simplemente perseguían obtener a cambio donaciones de *bitcoins*. En otros casos solo se persigue una mayor notoriedad o posicionamiento del blog o incrementar el número de visitas de la página web <sup>(104)</sup>.

### 3. La difusión de imágenes íntimas en Canadá

La incorporación al Código penal canadiense de una figura delictiva específica que sancione la difusión no consentida de imágenes íntimas se produce en agosto de 2015, a raíz de la conmoción pública que provocaron dos sucesos de *cyberbullying* en 2011, que terminaron con el suicidio de las jóvenes afectadas: Rehtaeh Parson y Amanda Todd, de 17 y 15 años de edad, respectivamente <sup>(105)</sup>. En ambos supuestos la situación prolongada de acoso y la humillación fueron consecuencia de la divulgación de imágenes de contenido sexual de las víctimas, uno de cuyos episodios captaba el abuso sexual de una de ellas <sup>(106)</sup>.

---

<sup>102</sup> En este sentido, vid. LINKOUS, T. “It’s time for revenge ...”, *Richmond Journal of Law and Technology*, 2014, pág. 38; CITRON, D.K./FRANKS, M.A. “Criminalizing revenge...”, *Wake Forest Law Review*, 2014 pág. 387. De otra opinión, reclamando que el tipo incluya la intención de coaccionar, acosar o intimidar a la víctima, vid. POOLE, E. “Fighting back against...”, *University of San Francisco Law Review*, 2015, pág. 212 y 213.

<sup>103</sup> Vid. sobre la noticia <http://edition.cnn.com/2014/09/02/showbiz/hacked-nude-photos-five-things/> (última consulta 18-6-2015).

<sup>104</sup> En este sentido, CITRON, D.K./FRANKS, M.A. “Criminalizing revenge...”, *Wake Forest Law Review*, 2014 pág.370.

<sup>105</sup> Vid. la intervención parlamentaria de Robert Goguen del Partido Conservador en la discusión parlamentaria sobre *Bill C-13, Protecting Canadians from Online Crime Act*, pág. 2, disponible en <https://openparliament.ca/bills/41-2/C-13/> (últ. consulta 23-6-2016).

<sup>106</sup> Rehtaeh Parson fue fotografiada por uno de los cuatro adolescentes que supuestamente la violaron, difundiendo esa fotografía entre sus conocidos y amigos, lo que motivó que la joven recibiera mensajes de gente desconocida proponiéndole mantener relaciones sexuales o con comentarios groseros o insultantes durante más de un año. En el caso de Amanda Todd, la víctima fue convencida por un extraño para que realizara un topless en un video chat. El video así obtenido fue obtenido para tratar de conseguir más imágenes de la joven. El video fue difundido en la red, creando perfiles falsos de la joven y haciéndoselo llegar a sus profesores, compañeros de instituto y amigos de la víctima, a pesar del cambio de domicilio de ésta.

La creación de un nuevo tipo penal que sancione específicamente la divulgación no consentida de imágenes íntimas suscitó una discusión muy semejante a la habida entre sus vecinos estadounidenses. Así se abogó incluso por alguna de las propuestas más innovadoras hechas allí en contra de su tipificación penal: la que plantea la modificación de la normativa de los derechos de autor para que la persona representada en la imagen sea titular también de este derecho. En particular el informe de la *Canadian Criminal Justice Association* se opone tanto a una modificación de las figuras delictivas existentes como a una incriminación de nuevo cuño para sancionar estos hechos, pues entiende que conduciría a un incremento de la población carcelaria. Considera, por tanto, preferible explorar vías extrapenales en el ámbito de la propiedad intelectual o de los “*privacy torts*” (<sup>107</sup>).

De otra opinión se manifiesta la Comisión del Ministerio de Justicia creada para el estudio de estos casos. Se estima, así, necesaria la creación de un nuevo tipo penal, dado que los actuales ilícitos (voyerismo, publicación obscena, acoso criminal, etc.) no abarcan de forma completa el desvalor de este fenómeno, en el que la lesividad reside en la humillación y vergüenza causada por la violación de la intimidad (<sup>108</sup>). Un daño que se agudiza, de una parte, por el peligro de rápida expansión que la difusión de estas imágenes a través de medios tecnológicos comporta, y de otra, por el hecho no infrecuente de su perdurabilidad en el mundo virtual de internet (<sup>109</sup>).

Así las cosas, la difusión no consentida de imágenes íntimas se ha tipificado en la sección 162.1 CP, sancionando a quien intencionadamente publica, distribuye, transmite, vende, hace accesible o divulga una imagen íntima de otra persona, sabiendo que ésta no ha dado su consentimiento o actuando temerariamente en cuanto a si prestó o no dicho consentimiento. Como delito grave se le asigna una pena de prisión de no más de cinco años, pudiendo el Tribunal asimismo prohibir el uso de internet o de otra red digital, o restringirlo bajo unas determinadas condiciones.

Asimismo el Código penal canadiense, en su sección 162.2, ofrece una definición auténtica de lo que constituye imagen íntima. A saber, “una reproducción visual de una

<sup>107</sup> Vid. *Canadian Criminal Justice Association. Bill C-13 Protecting Canadians from online crime Act*, disponible en <http://www.ccja-acjp.ca/pub/en/bill-c-13-protecting-canadians-from-online-crime-act/> (últ. consulta 23-6-2016). En el mismo sentido, también. PENNEY, J.W. “Deleting revenge porn”, en *Policy Options*, november-december 2013, pág. 55, pues considera que poco puede hacer el Derecho penal cuando el video o la imagen se ha convertido en un fenómeno viral.

<sup>108</sup> Vid. CCSO Cybercrime Working Group, *Report to the Federal/Provincial/Territorial Ministers Responsible for Justice and Public Safety, Cyberbullying and the non-consensual distribution of intimate images*, June 2013, pág. 16 (disponible en <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/other-autre/cndii-cdncii/>, última consulta 23-6-2016). Así el delito de voyerismo exige que las imágenes sean captadas subrepticamente, mientras que en los casos en discusión lo más frecuente es que las imágenes se tomen con el consentimiento de la víctima; el delito de publicación obscena requiere que la imagen representada sea no solo sexual sino además violenta y el de acoso criminal exige que la víctima tema por su seguridad o por la de alguien próximo a ella.

<sup>109</sup> En este sentido, PENNEY, J.W. “Deleting revenge... cit.”, págs. 53 y 54, quien considera que este es el efecto más grave que produce el fenómeno del *revenge porn*: una revictimización continua cuando la imagen se convierte en viral, frente a la que el autor estima que el Derecho penal nada puede hacer, pues interviene cuando el daño está ya hecho. No nos parece este un argumento de peso para rechazar la incriminación pues esto es algo que comparte con cualquier otro ilícito penal de lesión. Cuestión distinta es que el Derecho penal no sea suficiente, y esto es algo que el autor apunta en su artículo más adelante (ibídem, pág. 55).

persona hecha por cualquier medio, incluyendo fotografías, películas o vídeos, en la que se muestra desnuda, exhibiendo sus órganos genitales o la región anal, o el pecho si es mujer, o participando en una actividad sexual explícita”. El tipo exige, además, que en el momento de la captación de las imágenes existiera una expectativa razonable de privacidad y que, en el momento de la comisión del delito la persona representada en dicho material conservara dicha expectativa de privacidad.

A este respecto la Comisión del Ministerio de Justicia sostiene que dicha expectativa depende de dos factores: uno, el propio contenido de la imagen, lo representado. Aquí el tipo está limitado por la definición auténtica de imagen íntima, de manera que no es típica la difusión de cualquier imagen, sino solo de aquellas que inciden en lo que es el núcleo de la intimidad corporal: la representación desnuda o semidesnuda de la persona o de actividad sexual explícita en la que está involucrada. El otro factor viene determinado por las circunstancias en que fue captada la imagen, a saber, si por ejemplo fue tomada en privado o al resguardo de la vista de terceros <sup>(110)</sup>.

La protección de la intimidad asociada a esta nueva figura delictiva requiere que las imágenes sean reales y que permitan identificar a la persona. Con lo cual, no tendrán cabida en el tipo los dibujos u otras obras gráficas en las que la persona no sea identificable o sea una construcción artificial <sup>(111)</sup>.

En cuanto al tipo subjetivo, se sigue también la recomendación de la Comisión de Justicia de no exigir ánimos específicos más allá del dolo de divulgar la imagen íntima privada, precisamente porque la finalidad es la tutela de la intimidad. La presencia de ánimos específicos podría desviar el bien jurídico protegido a otros intereses distintos: la salud psíquica, la libertad, etc. <sup>(112)</sup>.

En este punto es importante destacar que el dolo del sujeto debe abarcar la ausencia de consentimiento de la víctima. Un dolo que puede ser directo, porque sabe que la víctima no consiente, o bien de carácter indirecto o eventual, porque sabe, aunque no de forma fehaciente, que existe el riesgo de que no consienta y a pesar de ello decide persistir en la distribución de la imagen <sup>(113)</sup>.

En cuanto a las relaciones con otros tipos delictivos, se advierte por el Comité que la nueva figura delictiva puede solaparse con los tipos de pornografía infantil cuando la víctima es menor de edad, en la medida que la definición legal de imagen íntima puede constituir también pornografía infantil. En este sentido se ha aducido para rechazar la introducción de este nuevo tipo penal el que puede acabar incriminando a la mitad de

---

<sup>110</sup> Cfr. CCSO Cybercrime Working Group, *Report to the...cit.*, pág. 17. En concreto se discute si las imágenes de contenido sexual captadas en circunstancias no privadas deberían o no recibir protección. El ejemplo que se pone es el de la grabación por uno de los asistentes de las relaciones sexuales que está teniendo una pareja en una fiesta.

<sup>111</sup> Cfr. CCSO Cybercrime Working Group, *Report to the...cit.*, pág. 17.

<sup>112</sup> Cfr. CCSO Cybercrime Working Group, *Report to the...cit.*, pág. 16. A este respecto, la Comisión indica que la existencia de una intención maliciosa podría configurarse, si se quiere, como una agravante específica del tipo, pero no debe ser determinante para construir el tipo básico. De esta manera se evitan las dificultades probatorias que todo elemento subjetivo comporta.

<sup>113</sup> Cfr. CCSO Cybercrime Working Group, *Report to the...cit.*, pág. 20.

los jóvenes canadienses, entre los que prolifera este comportamiento, fomentado por el desarrollo de las redes sociales y la aparición de los teléfonos inteligentes <sup>(114)</sup>.

Es cierto que la situación en Canadá difiere de la examinada en EEUU, en el sentido de que tanto las autoridades encargadas de la persecución penal como los jueces se muestran reacios a servirse de los tipos de pornografía infantil para reprimir conductas de *sexting* entre menores de edad. Básicamente porque, de una parte, estos comportamientos son percibidos como cualitativamente distintos respecto de los que tradicionalmente se han integrado en esta categoría delictiva. Falta la instrumentalización, el abuso o prevalimiento sobre el menor. La lesividad de los comportamientos es diversa: en un caso, supone la violación de la intimidad y en otro, la explotación sexual del menor <sup>(115)</sup>. De otra parte, por el estigma social que conlleva una condena por tales delitos y que deriva de las consecuencias asociadas, más allá de la imposición de una pena. Así en el caso *R.v. Sharpe* el Tribunal Supremo canadiense ha fijado la excepción de “uso personal”, según la cual las grabaciones consentidas que realiza una pareja de jóvenes sobre su actividad sexual quedan fuera del ámbito de los delitos de pornografía infantil, siempre que se trate de actividad sexual legal y la captación de las imágenes se haya realizado o se posea para el propio “uso personal” <sup>(116)</sup>. Pero si este material traspasa el uso personal, por ejemplo, siendo enviado por uno de los jóvenes a un tercero, puede ser valorado como pornografía infantil punible.

Así las cosas, se advierte que el solapamiento existente entre la difusión no consentida de imágenes íntimas y los delitos de pornografía infantil puede suponer una ampliación judicial de lo que constituya “uso personal” en el contexto de las nuevas tecnologías, propiciando de esta manera la salida de tales casos del ámbito de la pornografía infantil para acabar siendo castigados con arreglo al nuevo tipo delictivo <sup>(117)</sup>.

La restricción del concepto de imagen íntima en base a la edad de la víctima tampoco se estima acertada. Excluir las imágenes que representan a menores de 18 años puede provocar el efecto perverso de acabar dejando sin sanción casos graves de pornografía

<sup>114</sup> Vid. PENNEY, J.W. “Deleting revenge... cit.”, pág. 55. Concretamente el autor se refiere a encuestas que indican que más de la mitad de los adolescentes canadienses encuestados ha realizado sexting, esto es, ha llevado a cabo el acto de enviar o reenviar electrónicamente mensajes o imágenes sexualmente sugerentes; y que en Inglaterra el cuarenta por ciento de los adolescentes ha creado una imagen o video sexualmente sugerente, que ha sido enviada por un cuarto de ellos, un 15% a quien era totalmente un extraño. De ellos un tercio desconoce si el contenido íntimo ha sido a su vez compartido o no.

<sup>115</sup> Vid. CCSO Cybercrime Working Group, *Report to the...cit.*, pág. 18.

<sup>116</sup> Vid. *R. v. Sharpe* (2001) 1 S.C.R. 45, párrafos 41, 115 y 116 (disponible en <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1837/index.do>, ult. Consulta 4-7-2016). La sentencia analiza en qué medida la prohibición penal de posesión de pornografía infantil puede infringir el derecho constitucional a la libertad de expresión. El Tribunal llega a la conclusión de que hay dos situaciones que quedan amparadas por este derecho constitucional: una, relativa a expresiones escritas o representaciones visuales elaboradas por uno mismo y para disfrute de uno mismo (párrafo 75), y la otra, alude a la grabación o captación visual de actividad sexual legal, que ha sido inmortalizada o que representa a quien posee el material, y que está destinada solo a un uso privado (párrafo 76). En ambos casos se incide en el valor de realización personal que subyace en la protección de la libertad de expresión. Aunque se reconoce que existe un riesgo potencial de que el material pueda causar daño a los menores, este es extremadamente remoto o bajo (párrafo 100) y no justifica una limitación de la libertad de expresión (párrafo 109).

<sup>117</sup> Cfr. CCSO Cybercrime Working Group, *Report to the...cit.*, pág. 18.

infantil, cuando no pueda acreditarse alguno de los elementos típicos de estos delitos. Así, por ejemplo, si la víctima no puede precisar el momento exacto en que fue tomada la imagen, antes o después de que cumpliera los 18 años (<sup>118</sup>).

#### **4. Conclusiones**

El desarrollo tecnológico que ha representado la aparición de internet y de la telefonía móvil inteligente ha acarreado una profunda transformación de las relaciones personales. Lo que antes representaba un recuerdo ocasional hoy en día se ha convertido en una necesidad de acreditar visualmente cada experiencia de nuestra vida. Nada existe si no ha sido captado en una imagen e inmediatamente es compartido en una red social. La vulnerabilidad de la intimidad ante estos nuevos medios tecnológicos es incuestionable. Hasta ahora la intervención penal en materia de intimidad dependía de la forma de ataque más que del resultado lesivo producido. Así, la difusión no consentida de imágenes de contenido sexual, gravemente lesivas de la intimas, debe estimarse impune si aquellas se han obtenido lícitamente, sin que venga precedida de una intromisión ilegítima en la esfera de intimidad de la víctima.

Una laguna de punición que ha tratado de cubrirse acudiendo a otros tipos penales como las injurias, o la integridad moral. No es esta la mejor respuesta penal cuando lo directamente vulnerado es la intimidad y la imagen. Es claro que en estos casos lo que se lesiona es el aspecto positivo de la intimidad, el derecho a disponer de los datos personales como capacidad para controlar la información que sobre uno mismo conocen los demás, plasmada en estos supuestos en una imagen.

La cuestión es si es necesario recurrir al Derecho penal o resulta suficiente con la tutela que recibe la imagen y la intimidad en el Derecho civil. La experiencia norteamericana pone de relieve que no, que ésta es manifiestamente insuficiente.

Por otra parte, resulta sumamente desproporcionado el distinto tratamiento que han recibido estos hechos en la jurisprudencia norteamericana cuando eran protagonizados por adultos, amparados entonces en la libertad de expresión, y cuando los sujetos eran menores, encuadrándose entonces en la pornografía infantil punible. La práctica canadiense limita con acierto estos excesos punitivos, al poner el acento en el fin de protección de las normas que luchan contra la pornografía infantil y en la inexistencia de explotación sexual del menor.

Quizás la intervención penal deba limitar su alcance, como se hace en el Derecho norteamericano y en el canadiense, a las imágenes que tienen un contenido sexual, en las que la víctima aparece desnuda o semidesnuda o participando en un contexto sexual, por otra parte, los casos más frecuentes en la práctica.

#### **BIBLIOGRAFÍA**

BAMBAUER, D.E. “Exposed”, *Minnesota Law Review*, 2013-2014, vol. 98.

---

<sup>118</sup> Vid. CCSO Cybercrime Working Group, *Report to the...cit.*, pág. 19.



- CITRON, D. "Revenge porn and the uphill battle to pierce section 230 immunity (Part II)", Concurring Opinions, 25-1-2013 (<http://concurringopinions.com/archives/2013/01/revenge-porn-and-the-uphill-battle-to-pierce-section-230-immunity-part-ii.html>), última visita 14-5-2015).
- CITRON, D. "Revenge porn site operators and Federal Criminal Liability, January 30, 2013, en <http://concurringopinions.com/archives/2013/01/revenge-porn-site-operators-and-federal-criminal-liability.html> (última consulta 20 mayo 2015).
- CITRON, D.K./FRANKS, M.A. "Criminalizing revenge porn", *Wake Forest Law Review*, vol. 49, 2014.
- COCHRANE, A. "Legislating on revenge porn: an international perspective", *Society for Computers & Law*, 24-7-2014.
- FRANKLIN, Z. "Justice for revenge porn victims: legal theories to overcome claims of civil immunity by operators of revenge porn websites", *California Law Review*, 2014, vol. 102.
- FRANKLIN, Z. "Justice for revenge porn victims: legal theories to overcome claims of civil immunity by operators of revenge porn websites", *California Law Review*, 2014, vol. 102.
- FRANKS, M.A. *Drafting an effective "revenge porn" Law: a guide for Legislators*, (March 30, 2015), pág. 2, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2468823> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2468823> (última visita 13-5-2014).
- FRANKS, M.A. *Drafting an effective...ob.cit.*, pag. 2; POOLE, E. "Fighting back against non-consensual pornography", *University of San Francisco Law Review*, 49, 2015.
- GOLDMAN, E. *California's New Law Shows it's not easy to regulate revenge porn*, FORBES (octubre 8, 2013), disponible en <http://www.forbes.com/sites/ericgoldman/2013/10/08/californias-new-law-shows-its-not-easy-to-regulate-revenge-porn/> (última consulta 20 mayo 2015).
- GREENBERG, P. "Avenging revenge porn", *States Legislatures* 40.3 (2014).
- HUMBACH, J.A. "Privacy and the right of free expression, *First Amendment Law Review*, vol. 11, 2012.
- JEONG, S. "Revenge porn is bad. Criminalizing it is worse, *WIRED* 28-10-2013, en <http://www.wired.com/2013/10/why-criminalizing-revenge-porn-is-a-bad-idea/> (última consulta, 13-5-2015).
- LAIRD, L. "Striking back at revenge porn: victims are taking on websites for posting photos they didn't consent to", *American Bar Association Journal*, 99.11 (Nov. 2013).
- LINKOUS, T. "It's time for revenge porn to get a taste of its own medicine: an argument for the federal criminalization of revenge porn", *Richmond Journal of Law and Technology*, vol. XX, 2014.
- LIPTON, J.D. "Combating cyber-victimization", *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 26, 2011.
- MARTINEZ OTERO, J.M. "El nuevo tipo delictivo del art. 197.4 bis": la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento", *La Ley*, 2014, nº 29.

- MARTINEZ, C. "An argument for States to outlaw "revenge porn" and for Congress to Amend 47 U.S.C. § 230: how our current Laws do little to protect victims", *Journal of Technology Law & Policy*, vol. XIV, 2014.
- MORALES PRATS, F. "La proyectada reforma de los delitos contra la intimidad a propósito del "caso Hormigos", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 31, 2013.
- PENNEY, J.W. "Deleting revenge porn", en *Policy Options*, november-december 2013.
- POOLE, E. "Fighting back against non-consensual pornography", *University of San Francisco Law Review*, 49, 2015.
- SHELLER, S. H. "A picture is worth a thousand words: the legal implications of revenge porn", *North Carolina Law Review*, vol. 93, 2015.
- STOKES, J. K. "The indecent Internet: Resisting Unwarranted Internet Exceptionalism in Combating Revenge Porn", *Berkeley Technology Law Journal*, 2014, vol. 29.
- VOLOKH, E. "Florida «Revenge porn» Bill", *VOLOKH CONSPIRACY*, 10-4-2013, <http://volokh.com/2013/04/10/florida-revenge-porn-bill/> (última consulta 1-6-2015)
- WEBB, N. *Revenge porn by the numbers*, End Revenge Porn (3-1-2014) <http://www.endrevengeporn.org/revenge-porn-infographic/>